

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Las acciones confesoria y negatoria en el derecho real de
servidumbre**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José María Ruiz de Velasco

DIRECTOR:

Manuel Albaladejo García

Madrid, 2015

d. 50.655

TE 640

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE DERECHO CIVIL



LAS ACCIONES CONFESORIA Y NEGATORIA EN EL
DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

TESIS DOCTORAL DE

DIRECTOR DE LA TESIS:

D. JOSE MARIA RUIZ DE VELASCO.

D. MANUEL ALBADALEJO GARCIA.
(Catedrático de Derecho Civil de
la Facultad de Derecho de la --
Universidad Complutense de Ma--
drid).

"LAS ACCIONES CONFESORIA Y NEGATORIA EN EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE"

I.- INTRODUCCION. -

Normalmente, todo derecho, ha de estar protegido por una acción, para poderlo hacer efectivo en juicio o procedimiento, frente a quién lo ignore o desconozca, o frente a quién se oponga al mismo.

De manera que, así como la acción reivindicatoria es aquella acción que tiene por fin el reconocimiento y amparo del derecho de propiedad, el señorío más amplio y general sobre las cosas, las acciones confesoria y negatoria, amparan y protegen en forma específica, el derecho real de servidumbre, señorío parcial y limitado en cosa ajena. (1)

Las acciones confesoria y negatoria, son pues, las acciones propias de la servidumbre, teniendo la con-

(1) Roca Juan "De las Servidumbres" (Barcelona 1961). -
Protección del Derecho Real de Servidumbre pág. 1.

fesoria la finalidad y el objeto de hacer "confesar", como su nombre lo indica, la existencia misma de la servidumbre, y la negatoria, en forma contrapuesta, la de "negar", como indica también su nombre, la existencia misma de la servidumbre.

La protección de las servidumbres, data del Derecho Romano, donde ya existía la "actio confesoria in rem", encaminada al reconocimiento y existencia de la servidumbre, y la "actio negatoria", encaminada -- por el contrario a negar la existencia de tal derecho.

Rodolfo Sohm (1) dice que, la "actio confesoria in rem", protegía las servidumbres contra quién impidiera su ejercicio, siempre y cuando el demandante alegara y probara que la servidumbre le pertenecía, en cuyo caso se condenaba al perturbador, a la indemnización de daños y perjuicios, a reconocer la existencia de la servidumbre, y a abstenerse de futuras perturbaciones. La acción confesoria, añade dicho autor, es el

(1) Instituciones de Derecho Privado Romano (Historia y sistemática, pags. 304 y siguientes).

reverso de la negatoria que, se concede y otorga al propietario, para defenderse contra las usurpaciones de servidumbres, y contra cualesquiera otras perturbaciones de su dominio, pues, en definitiva, la servidumbre, no es más que un gravamen o limitación de la propiedad y la confesoria, permite hacer efectivo el derecho de servidumbre, contra el propietario de la cosa y contra cualquier tercero que lo lesione, entrando la vindicación de un derecho "juris vindicatio: jus mihi esse utendi, fruendi, eundi, agendi", al igual que el propietario vindica su cosa, el titular de una servidumbre vindica su derecho.

El régimen de propiedad, por sí sólo, no basta, a la larga, en ningún pueblo, manifiesta Sohm (1) para llenar las exigencias del tráfico jurídico ya que con la propiedad, tienen que existir otras relaciones garantizadas por el derecho, que permitan usar y disfrutar de las cosas, sin necesidad de adquirir las dominicalmente. Pueden desempeñar este oficio, en ocasiones, las relaciones de carácter contractual -por-

(1) Instituciones de Derecho Privado (Obra citada página 306 y siguientes).

ejemplo el arrendamiento o el comodato- celebrados - con el dueño de la cosa, mas no es esto suficiente, toda vez que, los derechos así adquiridos, tienen poca eficacia creditual, y por lo tanto, sólo pueden hacerse efectivos, entre los contratantes, de manera - que, si el arrendatario se ve inquietado por un tercero en la posesión y disfrute de la finca arrendada, - no dispone personalmente de acción alguna con qué evitarlo, viéndose obligado a acudir al arrendador, para que éste asuma la defensa de la cosa, si es necesario por vía judicial. Los contratos, como fuentes que son de las obligaciones, sólo conceden derechos personales y relativos, por fuerza imperfectos, sin satisfacer plenamente las necesidades del comercio social, - siendo preciso que, a su lado, existan otros derechos mejor protegidos y de alcance más amplio, que permitan usar y disfrutar con mayores garantías de las cosas - ajenas, y estos derechos, son los derechos reales, - "jura in re", dotados y rodeados de acciones, que pueden proyectarse contra todo tercero.

La servidumbre, concede a su titular, una - participación en el disfrute de una cosa, respetando - en lo posible la plenitud del derecho del dominio, sin

embargo, la propiedad es gravada, sufre una limitación de contenido, se pone al servicio de otro (según dicen las fuentes romanas), deja de ser plenamente libre, pero no por ello queda económicamente anulada, antes al contrario, entre la servidumbre y la propiedad, por amplia que sea aquella, el derecho siempre más fuerte es el segundo.

Las servidumbres, como tales derechos reales, están protegidas por acciones, que pueden utilizar tanto el titular de la servidumbre, para hacerla efectiva, en este caso la confesoria, como el propietario del inmueble, para desconocer su existencia, en este caso la negatoria.

El resumen de la introducción de este trabajo, es el de que, es absolutamente necesaria la existencia de las acciones confesoria y negatoria, para la protección de derecho real de servidumbre, con el fin de que, el mismo, pueda hacerse efectivo o pueda ser negado, los dos supuestos a que se refieren estas dos acciones, propias de tal derecho real,

que lo amparan en un sentido positivo o negativo, toda vez que, en definitiva no se concibe derecho sin acción (1).

II.- EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE.

Si nuestra finalidad es el estudio de las acciones confesoria y negatoria, que protegen el derecho real de servidumbre, bueno será exponer, con carácter previo, los conceptos históricos, doctrinales y del Código Civil y Jurisprudencia española, sobre este derecho real, así como, de manera general, las características esenciales y clasificación de las servidumbres.

1.- Conceptos históricos, doctrinales y del Código Civil y Jurisprudencia española de las servidumbres.-

Las leyes romanas, no definieron el derecho real de servidumbre, cuyo origen, se remonta a --

(1) Manresa y Navarro ("Comentarios al Código Civil-Español".- Tomo IV.- Págs. 702 y siguientes).
Ed. 6ª.

las primeras etapas históricas, apareciendo en el Derecho Romano, como el único derecho real que podía constituirse sobre la propiedad ajena, ya que, los demás derechos reales, fueron creándose sucesiva y posteriormente, al amparo del Derecho Pretorio (1)

En un principio, las servidumbres se englobaban en la denominación de *"iura praediorum"*, - derechos de los predios o sobre los predios, y posteriormente se introdujo el uso de la palabra *"servitutes"*, que deriva del verbo *"servire"*, servir o prestar servicio, indicando la relación de servicio que se establecía entre las personas y las cosas - que quedaban sujetas a aquellos derechos, y ya, por último, aparecen las servidumbres personales, que suponían, un beneficio directamente a favor de una persona, en contraposición de los *"iura praediorum"*, establecidas a favor de un fundo.

Los glosadores, definieron las servidumbres diciendo: *"Servitus est quedam ius praedio inherens, et ipsius utilitatem recipiens et alterius -"*

(1) E. Sehm. Instituciones de Derecho Privado Romano (pag. 295, obra citada).

proedius, sive libertatem minuens".

En todo caso, si el Derecho Romano no *dió* un concepto de las servidumbres, si *creó* una serie de principios fundamentales, que venían a resumir la naturaleza y características de las servidumbres, como: *"Servitus servitutis esse non potest"*; *"Servitus in faciendo consistere nequit"*; *"Nemini res sua servit"*; *"Servitus utilis esse debet"* y *"Servitus dividi non possunt"*.

En el Derecho Germánico, con independencia de las denominadas *"cargas inmobiliarias, o reglones"*, que constituían más bien un gravamen, a satisfacer por el propietario de un inmueble, no se conocían las servidumbres y mucho menos las personales, tal vez al no tener un concepto tan absoluto del dominio, como el Derecho Romano y, admitir, que, la situación normal de la propiedad, fuera el estar sujeta a determinadas limitaciones de interés general, no siendo necesarias figuras jurídicas que regularan tales limitaciones, con el carácter excepcional que suponían las servidumbres del Derecho Romano.

En el Derecho Español histórico, El Fuero -
Juzgo (1) se refiere a dos reglas en materia de servi-
dumbres, la de paso por fundo ajeno y la de prohibición
de acotar o cercar los eriales, y en el Fuero Viejo de
Castilla (2), aparecen también normas sobre la explota-
ción agrícola de los predios.

Las Partidas, definían las servidumbres, co-
mo: "derecho e uso que ome ha en los edificios o en -
las heredades ajenas para servirse dellas a pro de las
suyas" (3).

En la doctrina científica francesa, Arnó, -
(4) define las servidumbres, como aquellos derechos reg-
las, de contenido determinado positivamente, de suerte
que ante ellos, la propiedad de la cosa que, de los mis-
mos puede ser objeto, tiene siempre un caracter prepon-
derante.

(1) Fuero Juzgo. Ley IX, Título III del Libro VIII.

(2) Fuero Viejo de Castilla, Títulos V y VI del Li-
bro IV.

(3) Ley 16, Título XXXI, Partida 3a.

(4) Las Servidumbres, rusticas y urbanas (Trad. Posse-
da pág. 3).

Pothier (1), define la servidumbre, como el derecho que tiene el propietario de una heredad, sobre otra heredad vecina, para la comodidad-suya.

Arntz (2), la define como el derecho -- real sobre un fundo, en provecho de otro fundo -- ejercida por todo poseedor, como tal, de este fundo.

Planiol (3), no cree fácil dar una definición del derecho real de servidumbre, si no es en -- términos de gran vaguedad e imprecisión.

Josserand (4), dice que hay que reservar -- el nombre de servidumbres, a las cargas establecidas sobre un fundo y en provecho de otro fundo.

-
- (1) Coutume d'Orléans: Intr. au libre de servitudes
Tit. XIII nº 23).
- (2) Cours de Droit civile française. (Paris 1879 T.I.
Pág. 558)
- (3) Traité élémentaire de Droit civil. (Paris 1922 T.I.
pág. 903)
- (4) Cours de Droit civil positif français (Paris 1938-
T.I. págs. 480 y siguientes).

Colin y Capitant (1), creen que la servidumbre, es una desmembración de la propiedad, en cuanto lleva consigo una disminución de su valor económico y de su rendimiento, suponiendo un cierto crecimiento del fundo dominante y consiguiente aumento de su valor, siendo la variedad de cargas, que pueden ser impuestas a título de servidumbre, casi indefinidas.

En la doctrina alemana, Windscheld (2), define las servidumbres, como derechos reales que sujetan la cosa, no en la totalidad de sus relaciones, sino únicamente en una o mas, de sus relaciones singulares.

Martin Wolff (3), considera las servidumbres, como derechos reales que conceden un disfrute limitado e inmediato.

(1) Curso elemental de Derecho Civil (Rta. Legislación y Jurisprudencia, Traducción). Madrid 1942 T. II. V. II pag. 796.

(2) Diritto delle Pandette.- (Tomo V.I. parte 2ª par. 200. págs. 242 y 243. Torino)

(3) Derecho de Cosas. (Tomo III. D. Civil de Encomenda, Rip. y Wolff. Trad. Perez Gonzalez y Alguer. Barcelona 1.951 V. II págs. 17 y segtas).

En la doctrina italiana, Pacifizzi-Massoni (1), define la servidumbre, como un derecho real, - en virtud del cual, una cosa está sujeta a servicios particulares en provecho de una persona o de un fundo determinado.

Germano (2), entiende que, la servidumbre, es un derecho real, fraccionado de la propiedad, en virtud del cual, puede pretenderse que la propiedad de un fundo se limite, en algun uso, en beneficio - de otro fundo, perteneciente a distinto dueño.

Ruggiero (3), dice que, es todo derecho - real y particular de goce, en virtud del cual, un fundo (sirviente) se sujeta a otro (dominante).

-
- (1) Istituzioni di Diritto civile italiano (Firenze 1.926 V. III Parte II pag. 1 y 2).
 - (2) Trattato delle servitù (Napoli 1.901 - 1.903 - citado por Murus Senevola Codice Civile T. I. pag. 242 y sgts).
 - (3) Instituciones de Derecho Civil (Trad. R.S. Sarr y J. Santa Cruz Madrid 1.931) V. I. pag. 670 y 671.

Dusi (1) a su vez, expone, que, las servidumbres, son los derechos limitados de goce sobre cosa ajena, pertenecientes e inherentes a una persona o a un fundo.

Fadda (2), dice que es esencial para el concepto de la servidumbre, que el servicio sea prestado de fundo a fundo, tanto por la razón económica y social, como por la construcción jurídica.

En la doctrina española, Gomez de la Serna (3), considera que la servidumbre, es el derecho constituido en heredad ajena, por el que, el señor de ella, tiene que sufrir o no hacer alguna cosa.

Modesto Falcón (4), explica que, la servi-

(1) Istituzioni di Diritto civile (Torino 1931 T. 1ª pag. 308).

(2) "Servitus". (V. II. Pag. 332).

(3) Elementos de Derecho Civil y Penal de España (Madrid 1.852 T.I. Pág. 633)

(4) Exposición doctrinal del Derecho Civil español común y foral (Barcelona 1.897 T. II. pag. 249 - 250).

dumbre, es un gravamen o servicio que pesa sobre los bienes, limitando la libertad y el derecho del propietario.

Sánchez Román (1), dice que, la servidumbre, es un derecho real, constituido en cosa ajena, corporal e inmueble, por cuya virtud, el dueño de ella, ha de dejar de hacer o permitir que otro haga algo en su propiedad, en provecho de otra cosa o persona.

Valverde (2), afirma que, la servidumbre, es un derecho del no propietario.

De Buen (3), cree que, las servidumbres, deben configurarse como derechos reales limitativos del dominio.

Clemente de Diego (4), siguiendo a Pastor --

-
- (1) Estudios de Derecho Civil (Madrid 1900 T. III. -- págs. 356-57). Ed. 1ª.
 - (2) Tratado de Derecho Civil Español (Valladolid 1925 págs. 356-57). Ed. 4ª.
 - (3) Derecho Civil Español Común (Madrid 1930 T.I. págs. 229-31) Ed.
 - (4) Apuntes de Derecho Civil Español Común y Foral -- (1ª Curso Cdo. 4ª págs. 27 y 28).

y Alvira, considera la servidumbre, como un derecho real, que se constituye gravando una cosa, con la prestación de servicios determinados, en provecho exclusivo de persona que, no es su dueño o de finca -- que, corresponde a otro propietario.

Shom (1), dice que, las servidumbres, son derechos reales, limitativos de aprovechamiento (derechos de goce y disfrute) de cosa ajena, por un sujeto determinado.

Mucius Scaevola (2), defiende la calificación de gravamen o carga para la servidumbre.

Finalmente Alberto Tamayo (3), define la servidumbre, como la relación jurídica de servicio establecida voluntariamente entre dos fincas inde--

-
- (1) Instituciones de Derecho Privado Romano (obra citada, págs. 304 y sgts.)
 - (2) F. Ortega Lorca (Mucius Scaevola). Código Civil-comentado (Madrid 1947 Tomo X, pág. 232)
 - (3) El Derecho Real de Servidumbre (Barcelona 1956 , pág. 134).

pendientes o partes diferenciadas de una misma finca, por los propietarios o propietario de las mismas.

Nuestro Código Civil, dice en su artículo-530, "que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente - a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor esta constituida la servidumbre, se llama predio dominante; -- el que la sufre, predio sirviente, añadiendo el artículo 531", que también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada".

El concepto del Código Civil es, como ex-pone Castán (1), poco afortunado, pues tiene defectos evidentes, entre ellos que, define la servidumbre, -- en su aspecto pasivo de gravamen, siendo así que, es más fundamental y saliente, su aspecto activo, de derecho real, así como el hablar de gravamen impuesto sobre un inmueble, toda vez que, no sobre todas las categorías de bienes inmuebles, sino sólo sobre los que lo son por naturaleza (predios o fincas), se pue-

(1) Derecho Civil Español Común y Foral (Madrid 7ª-edición T. II. Pág. 491).

den imponer las servidumbres, todo ello con independencia de omitir, toda intervención de personas, - al representar las servidumbres, escuetamente, como relaciones de dos fundos, siendo así que, todo derecho, y por tanto la servidumbre, implica la intervención de personas, sin las que no puede darse ninguna relación jurídica.

De otra parte, nuestro Código Civil, omite consignar, la naturaleza del gravamen que, constituye la servidumbre, lo que, sin embargo, precisan algunos Códigos extranjeros, como el alemán de 1.900 ("derecho de usar de cierta manera del fundo sirviente" dice el artículo 1.018); el suizo de 1.907 (artículo 730) y el argentino de 1.869 (artículo 2.970).

Finalmente la Resolución de la Dirección - General de los Registros de 11 de Abril de 1.930, completando la formula de nuestro Código, dice que, la servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un inmueble, en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, y en cuya virtud, el titular del predio dominante, puede utilizar el predio sirviente, para - ciertas finalidades, o poner al aprovechamiento del

mismo, limitaciones que, redundan en beneficio de su particular dominio o privar al dueño del predio gravado, de alguna especial facultad, contenida en el derecho de propiedad, normalmente constituido.

La Jurisprudencia española del Tribunal -- Supremo, parte del punto esencial, de que, la propiedad, se presume libre, mientras no se pruebe lo contrario, tesis recogida en numerosísimas sentencias -- que, por conocidas, resulta ocioso citar, por lo -- cual, el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, traspasa al demandado, la obligación de probar, como excepción al principio general de que, al actor -- incumbe la prueba.

Con independencia de ello, nuestra jurisprudencia, siempre entendió la servidumbre, como un gravamen impuesto sobre un inmueble, en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (S. 29 de marzo de 1911), y como limitación del derecho de propiedad (S. 1 de febrero de 1909), así como que, implica una modificación del dominio que, aunque no estorba al dueño de que, en absoluto disponga y disfrute de sus fincas, crea, sin embargo, sobre ellas, una carga o gravamen determinado, en beneficio inmediato --

de otro, perteneciente a distinto dueño (S. 6 de Julio de 1.920).

2. Carácteres esenciales de las servidumbres.-

Los caracteres esenciales que, se atribuyen al derecho de servidumbre, se pueden reducir a los cuatro siguientes:

1º.- Ser un derecho real.

2º.- Recaer sobre la cosa de otro.

3º.- Ser derogaciones al derecho común de propiedad.

4º.- Constituir (al menos las propiamente reales o prediales), una relación entre predios.

Cada uno de estos caracteres, se desenvuelven a su vez en otros subordinados, que los romanistas formulan como reglas o axiomas jurídicos, - a los que ya nos hemos referido y que no vamos a analizar, porque consideramos que excede del tema que estamos tratando.

Hemos dicho anteriormente que, la servi-

dumbre, es un derecho real, cosa que por nadie se ha discutido, y es que, hay que tener en cuenta:

1ª.- Que la servidumbre recae sobre la cosa misma, y otorga, como consecuencia, a su titular, una acción real, que se designa con la antigua denominación de "acción confesoria", y

2ª.- Que la servidumbre, puede consistir en el derecho de exigir que no se haga o que se permita hacer algo, pero no en el derecho de exigir -- que el gravado haga algo: "Servitutum, decía el jurisconsulto Pomponio, non ea natura est ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patitur aut non faciat".

Pero esta regla, tenía ya una desviación-- dentro del mismo Derecho Romano, en la servidumbre de apoyo, en la cual, el propietario de la cosa sirviente, estaba obligado a mantenerla en buen estado, y el Código Civil parece admitir como normales las servidumbres "in faciendo", en el artículo 533, dándolas significación y naturaleza que, algunos auto-

res, explican, viendo en la obligación de hacer, una mera prestación accesorio agregada, para hacer posible la servidumbre o facilitar su ejercicio, y que, otros conceptúan, como verdaderos derechos reales - "in faciendo".

De la totalidad de conceptos históricos y doctrinales, tanto extranjeros como españoles, así - como de nuestro Código Civil y Jurisprudencia, de los propios caracteres de la servidumbre, se deduce, sin género de dudas, que, se trata de un derecho real, - sobre cosa ajena, de aprovechamiento limitado, otorgando a su titular, una acción real, denominada tradicionalmente "confesoria", ejercitable frente a todos (erga omnes).

3.- Clasificación de las servidumbres.-

La fundamental y más importante clasificación de las servidumbres, es aquella que, las divide, en "reales o prediales" y "personales".

A su vez, las reales o prediales, pueden ser, positivas o negativas: según que obliga al propietario a dejar hacer algo a un tercero o absten-

se de hacer algo; continuas o discontinuas: según - que su uso pueda ser incesante o a intervalos mas o menos largos; aparentes y no aparentes: según se encuentran a la vista y aparezcan por signos exteriores o no presenten indicio alguno exterior de su existencia; y finalmente, pueden ser, legales y voluntarias: según se establezcan por la Ley o por voluntad de los particulares.

Refiriéndonos a la clasificación de las servidumbres en "reales o prediales" y "personales", cabe exponer que, las primeras, son aquellas que se constituyen, en beneficio de un inmueble, siendo su titular el dueño "pro tempore" de éste, y las segundas, aquellas otras que, se constituyen, en provecho de una persona, individualmente determinada, - sin consideración a su cualidad de dueño o poseedor de finca alguna (1).

Las servidumbres personales, denominadas tambien servidumbres "strictu sensu", irregulares o anómalas, (intuitu personae), están plenamente reco-

(1) Ossorio Morales "Las Servidumbres Personales - (R. de D.P. Madrid 1.936 Pag. 9.).

nocidas por nuestro Código Civil, al establecer el artículo 531, "que tambien pueden constituirse las servidumbres en provecho de una o mas personas o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada".

Lo que, sin embargo, no admite el Código, es la consideración como servidumbres personales, - del usufructo, uso y habitación, caracter que tenían en nuestra anterior legislación, siguiendo en tal sentido al Código frances, y, únicamente, considera como servidumbres personales, las de pastos, leñas y demas productos de los montes, de propiedad particular (arts. 603 y 604).

No hay en el Código Civil, normas específicas acerca de las servidumbres personales, y, por ello, las mismas, habrán de regirse por el título de su constitución y, por las reglas de las servidumbres prediales, en cuanto les sean aplicables, con caracter supletorio.

Lo que, es de importancia destacar, a los fines del presente trabajo es que, las servidumbres personales, lo mismo que las prediales, son derechos reales, impuestos sobre un inmueble, inscribibles -

por tanto en el Registro y oponibles "erga omnes", - mediante la correspondiente acción confesoria, siendo también transmisibles, por cuanto la Ley Hipotecaria, admite su hipotecabilidad.

Pérez González y Alguer (1) no encuentran diferencia objetiva entre las servidumbres prediales y las personales; si la hay sin embargo, añaden, desde un punto de vista subjetivo, al ser las prediales "subjetivamente reales" y las personales "subjetivamente personales", de manera que, al no haber diferencia de contenido, todo aquello que puede ser objeto de una servidumbre predial, podrá ser también objeto de una servidumbre personal.

La diferencia, a juicio de Espín (2) es la de que, en las personales, no existe predio dominante, ni por consiguiente, una relación de predio sirviente a predio dominante, como en las reales, sino una relación de predio sirviente a persona determinada.

(1) B. Pérez González y J. Alguer (Notas a la traducción Derecho de Cosas de M. Wolff. Tomo III.

(2) Diego Espín: "Manual de Derecho Civil Español" (V.II. 1968 pág. 355. Edic. 3ª.)

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha conceptuado como servidumbres personales, comprendidas en el artículo 531, los aprovechamientos de pastos y arbolado (S. de 3 de Abril de 1.900), el derecho a lebrar o sembrar en cierta extensión de una finca (S. 20 de Octubre de 1.919) y, el derecho concedida a una persona y sus descendientes, de ocupar determinadas ventanas de una casa ajena, para presenciar los festejos locales, lo que la técnica jurídica, designa, con el nombre de "derecho de balcón". - (1) (S. 30 de Noviembre de 1.908), ratificando el criterio respecto a las servidumbres personales de pastos y leñas, en una última sentencia de 6 de Octubre de 1.951.

Finalmente Osorio Morales (2), llega a admitir, que, puedan entrar en el concepto de servidumbre personal, en ciertos supuestos, el derecho a ocupar determinada localidad en un teatro (derecho de palco o butaca), y el derecho de caza, y, establecido este derecho con eficacia real "erga omnes", constituirá evidentemente, un gravamen sobre un in-

(1) Cordoba Morales "El derecho de balcón" (Rev. Tribunales 1.930).

(2) Las Servidumbres Personales (Pag. 133 y siguientes).

mueble ajeno, en favor de personas determinadas, es - decir, una verdadera servidumbre personal, ejercitable a través de la acción confesoria, como las servidumbres prediales, lo que, en tal sentido, nos interesa poner de manifiesto

III.- PROTECCION DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE.-

Si es característica específica de los derechos reales, la de estar protegidos por una acción real, que produce efectos frente a todos (*erga omnes*), es indudable que, al ser la servidumbre un derecho real, también estará dotado este derecho, de acción real.

El derecho de servidumbre, como tal, es un derecho subjetivo que, autoriza a su titular, a detentar un derecho real sobre cosa ajena y si el titular de la servidumbre, no puede hacer uso de este derecho, o este derecho es dificultado por otra persona, es evidente que el titular legítimo de la misma, necesita de una protección específica contra esta perturbación. Si la persona que perturba el derecho, deja voluntariamente de perturbarlo, ante la advertencia del legítimo titular, éste vuelve al dis-

frute pacífico del ejercicio de sus facultades, en caso contrario, la pretensión de usar pacíficamente de su derecho de servidumbre, debe ser protegida judicialmente, mediante una acción.

De este modo, nace ya dentro del Derecho Romano, una acción específica que, primeramente se denominó "vindicatio servitutis" y, posteriormente, "acción confesoria" (1). La acción confesoria como ya estudiaremos más adelante, compete en principio, al propietario del fundo dominante (que es el titular del derecho de servidumbre), contra el propietario o poseedor del fundo sirviente que impida el ejercicio de la servidumbre y, modernamente ya no es solamente contra este propietario o poseedor, si no también contra todo tercero. La acción confesoria tiende al restablecimiento del disfrute legítimo de la servidumbre, y al resarcimiento de los daños que se hayan causado al titular de tal derecho, como consecuencia de no haber podido usar pacíficamente del mismo.

(1) Segre: La denominazione di actio confesoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù En Mélanges Virard. Paris 1.912 - Vol. II. pags. 511 y ss).

Pero del mismo modo que había que proteger el derecho del titular legítimo de un derecho de servidumbre, era necesario otorgar al propietario de un fundo, el derecho a defenderse contra la pretensión infundada por parte de un tercero, de ostentar un derecho de servidumbre sobre su propio fundo. Con este motivo, era necesario también el nacimiento de otra acción distinta, tendente a negar la existencia de un derecho de servidumbre y tal acción fue denominada en el Derecho Romano y, aún hoy día sigue denominándose de la misma manera, como "acción negativa o negatoria", y compete al propietario del fundo, sobre el que se pretende existe un derecho de servidumbre, pudiéndose dirigir contra todo tercero que, pretenda ostentar tal derecho.

La distinción entre ambos tipos de acción, la podemos ver claramente, estudiando como era la "intentio" de cada una, en el Derecho Procesal Romano. Así, se concebía mas o menos, la "intentio" de una acción confesoria en los siguientes términos: "Si paret A.A. ius esse per fundum illum ire agere, etc.", mientras que la "intentio" de una acción negativa sería aproximadamente del siguiente tenor: "Si paret A.A. ius "non" esse per fundum illum ire agere,

etc.".

Castán (1), expone que, la acción característica del derecho real de servidumbre, es la confesoria, para afirmar la servidumbre, disponiendo el propietario de la finca, sobre la cual se ejercite indebidamente una supuesta servidumbre, de la acción negatoria, contrapuesta a la confesoria.

La acción confesoria, tiende a afirmar el derecho de servidumbre, dice Valverde (2) y la negatoria a rechazar la servidumbre.

Para Clemente de Diego (3), a la acción propia de las servidumbres es la confesoria, ya que la negatoria, es más bien nacida del dominio y para su defensa, siendo esta también la opinión de Pérez González y Alguer (4).

(1) Derecho Civil Español Común y Foral (obra ya citada, pág. 511).

(2) Derecho Civil Español (Valladolid 1936; T. II. -- pág. 357. Ed. 4ª).

(3) Instituciones de Derecho Civil (Madrid 1959 T. I págs. 393 a 453. Nueva ed. revisada y puesta al día)

(4) Tratado de Derecho Civil (Derecho de Cosas- Barcelona 1934, pág. 545. Trad. de la 39 ed. alemana).

Con independencia de dichas acciones específicas y propias de las servidumbres, en el Derecho Romano, tales derechos reales, estaban también protegidos por los interdictos que, como sabemos, amparaban situaciones de hecho; protección que, no tiene en cuenta la existencia de la servidumbre, si no la relación de hecho que media entre dos fondos y, cuyo contenido material, es el propio de la servidumbre, y tal es el caso de los interdictos: "de itinere actusque privato" de itinere actusque reficiendo"; de aqua quotidiana de rivis", "de frontis", "de cloacis" etc., aparte de los interdictos posesorios "uti possidetis", "unde de vi" y "de precario".

Hemos visto ya, como se protegen en general las servidumbres, restándonos añadir, que, al constituir la servidumbre un derecho real, las acciones confesoria y negatoria son, evidentemente, acciones de naturaleza real que, se modelan, por separado, a semejanza de la acción reivindicatoria que, es la primera en orden a su aparición, la que, protege la propiedad, derecho real tipo, y a imagen de la cual, surgen las restantes acciones, protectoras de los diferentes derechos reales.

La principal característica de estas acciones, es la de que, se pueden dirigir, indistintamente contra cualquier persona que, estorbe o dificulte, el ejercicio de dicho derecho real, y no, como ocurre con las acciones "in personam" que, solo pueden dirigirse, contra una persona concreta y determinada.

Y de este modo, estamos ya en situación, de abordar el estudio concreto de las acciones confesoria y negatoria, objeto específico del tema, refiriéndonos en primer lugar, a la confesoria, su concepto y naturaleza, historia y, antecedentes, causas, legitimación y supuestos concretos de ejercicio, para examinar de seguida la acción negatoria, siguiendo también el mismo orden de apartados.

IV.- LA ACCION CONFESORIA.

1ª.- Concepto y naturaleza.-

La acción confesoria, característica del derecho real de servidumbre, según la tradición del Derecho Romano y Común, como su nombre indica, es aquella acción real, que tiene por objeto, "hacer confesar la existencia de la servidumbre."

En el Derecho actual, la práctica del foro - sigue manteniendo la denominación tradicional de esta acción.

La acción confesoria, dice Puig Peña (1) - tiende a afirmar el derecho de servidumbre, y en el mismo sentido se manifiesta, según hemos visto, Valverde (2).

Para Segre (3) la acción confesoria, es -- la acción reivindicatoria de servidumbre.

Desde un punto de vista formal, nosotros - podríamos definir la acción confesoria, como el instrumento jurídico de que dispone el propietario de - un fundo dominante (la característica de un fundo dominante es inherente a la definición de servidumbre - que anteriormente hemos consignado siguiendo nuestro

(1) Compendio de Derecho Civil (Tomo II, 1967), página 544 y 545. Barcelona).

(2) Instituciones de Derecho Civil (obra citada, pág. 357).

(3) La denominazione di "actio conflesoria" in particolare per la revindicazione delle servitu (París 1902, T. II).

Código Civil), para poner en marcha la serie de trámites que, bajo el control de la autoridad judicial, van a procurarle, la constatación de su derecho de servidumbre, y la satisfacción del mismo, autorizándole para que se la procure por sus propios medios (una vez comprobada la razón que le asiste) o prestándole el auxilio del poder público para lograrlo.

Desde un punto de vista material o de contenido, la acción confesoria, es el medio jurídico, por el que el propietario del fundo dominante, puede alcanzar el reconocimiento, satisfacción y consigna de un derecho de servidumbre que, le ha sido reconocido previamente por el ordenamiento jurídico, o que puede impetrar la protección que, la autoridad judicial, haya prometido en una sentencia, a una determinada situación de hecho, en la que el actor cree encontrarse.

En ambas definiciones, hemos aludido de un modo exclusivo, al propietario del fundo dominante, siendo quizás esta, la única indeterminación, de lo que, como veremos al hablar de la legitimación, no solamente se reconoce la posibilidad de ejercitar dicha acción al propietario, sino también al usufructuario, enfiteuta, etc...

En cuanto a la naturaleza de la acción confesoria, ya hemos dicho que, la servidumbre siempre ha sido considerada como un derecho real de donde se deduciría que, esta acción, sería una de aquellas que la doctrina agrupa dentro del epígrafe de las acciones reales, pero la atracción de mayor relevancia que tiene, dentro del derecho de servidumbre, la relación entre propietario del fundo dominante y propietario del fundo sirviente, respecto a lo que ocurre entre el mismo propietario del fundo dominante y todos los otros terceros, ha conducido a algunos autores, a configurar el derecho de servidumbre, sobre la base de una relación obligatoria entre los propietarios de los dos fundos y, por consiguiente, a excluir la servidumbre, del número de los derechos "erga omnes".

Esta orientación de la doctrina que, conduciría a clasificar la acción confesoria, entre las acciones personales, deriva de la valoración del "deber de abstención" del propietario del fundo sirviente, en relación al propietario del fundo dominante. Abstractamente, un deber de abstención, se concibe, ya como una cooperación (negativa) -y esto

conduciría a la afirmación de una relación obligatoria, -ya como una exclusión, lo que conduce a la individualización del derecho real.

Existen argumentos suficientes para dar - preferencia a una posición sobre la otra, he aquí - donde se coloca el problema. La posición doctrinal, es la de considerar, el derecho de servidumbre como un derecho real, y los esfuerzos se proyectan a demostrar, que el deber del propietario gravado, entra - en la categoría de los deberes que incumben a todos los terceros, del mismo modo que en todos los demás derechos reales, considerándose al propietario gravado, como un "tercero especial", sobresaliendo de - los otros "terceros", pero sin cesar por eso de ser un tercero.

No queremos oponernos a esta última afirmación, pero debemos observar que, con ella, se demuestra una posibilidad, y no una realidad. Dicha - posibilidad es la de que, el particular deber que - incumbe al propietario gravado, no se salga de la esfera de los terceros, para convertirse en un obligado en sentido técnico, pero que esta posibilidad, - se convierta después en una realidad, no deja de ser

sólo una suposición y, la demostración de que esto no es una realidad, es evidente, tanto más, cuanto que, abstractamente, es viable la hipótesis inversa de que, el deber que incumbe al propietario gravado, entra en el ámbito de una cooperación negativa y no constituye el vínculo de una relación obligatoria.

La prueba de que no se trata de una relación obligatoria, sino de un verdadero derecho real, pensamos que, se puede deducir, de la misma situación de las servidumbres en el sistema del Código Civil español, donde aparecen en el Título VII del Libro III denominado "De los Bienes de la Propiedad y de sus Modificaciones".

El límite que se impone al propietario en el ejercicio del propio derecho, sobre el fundo gravado, del cual se ha deducido la existencia de la relación obligatoria, no tiene, en concreto, la naturaleza de un deber, cuya estructura tenga por contenido un "cooperar para producir" la modificación, pero siendo la consecuencia de una modificación ya en acto, tiene exactamente la naturaleza del deber, correspondiente al poder de exclusión, propio del derecho real.

Otro inconveniente de índole práctico, - más que teórico, nos lleva a la tesis del derecho - de crédito como más inaceptable ya que, si la servidumbre fuese una relación obligatoria, resultaría - inexplicable su permanencia dentro de los casos susceptibles de abandono.

A la relación obligatoria, le es indispensable, la existencia de dos sujetos para la cooperación y, si uno de ellos deja de existir (se sobreentiende como sujeto de dicha relación), aun subsistiendo el objeto, acaba la existencia de la relación obligatoria (salvo que dicho sujeto sea sustituido - por otro), ahora bien, en la hipótesis de cosa abandonada, con el abandono del fundo sirviente, el propietario se sustrae a su posición particular en la - relación de servidumbre, quedando: el titular activo, el objeto y los terceros y con toda justicia, la doctrina, no establece en este caso, la extinción de la servidumbre, sino que, reconoce, la posibilidad de - un "servitus res nullius", lo cual no es explicable - más que, entendiéndose la servidumbre como un derecho real.

Reconocida pues, de una manera general, - la servidumbre, como un derecho real, es evidente - que, la acción confesoria, tendente, según hemos visto en la definición, a reconocer la existencia del - derecho de servidumbre, se puede ejercitar contra to do tercero. Esta característica es, como sabemos, - una de las condiciones más importantes que, tipifica a las denominadas acciones reales, por lo que, no ca be duda, de que, la naturaleza jurídica de la acción confesoria, es eminentemente real, y como confirmación de ello, tenemos la inclusión de la servidumbre, dentro del Código Civil, como una modificación del derecho de propiedad, que es, evidentemente, el derecho - real por excelencia, y, por tanto, la servidumbre, es tá, legalmente, comprendida dentro del ámbito de los derechos reales y, constituye en sí misma, un derecho real, siendo la acción que protege dicha servidumbre, una acción de naturaleza eminentemente real.

Finalmente se trata de una acción real, de finalidad declarativa, encaminada a la determinación de un derecho; existencia de la servidumbre, distinta de la finalidad característica de las acciones posesorias o interdictales.

2º.- Historia y antecedentes.- No es fácil encontrar antecedentes de la existencia del derecho de servidumbre en leyes de pueblos anteriores a Roma, si en consecuencia de las acciones que protegían dicho derecho. La razón de esto, estriba, en la deficiencia de las fuentes de que se dispone, pero no por ello, debemos caer en el error de considerar que la servidumbre, fuera creada por los romanos, ya que, es muy posible que, en casi todos los pueblos de la antigüedad, existiera dicho derecho y naturalmente fuera objeto también de protección.

Según Segre (1), la expresión "acción confesoria" (confesoria actio), se introdujo, sustituyendo la de "vindicatio servitatis", al aceptarse -- una terminología no clásica, ya que, en el lenguaje jurídico y literario de esta época, las voces "confiteor", "confesio", no tuvieron el significado de -- "afirmar en el propio beneficio o pretender un derecho" y, en el Digesto, se conserva la terminología -- "Vindicatio servitutis".

(1) (Obra ya citada, págs. 511 y siguientes).

Para Gaio, el uso del adjetivo "confesoria", debe su origen a la necesidad, o mejor, a la creida - necesidad, de encontrar un vocablo antitético al de - "actio negativa" o "negatoria" (1).

En todo caso el nacimiento de la protección de las servidumbres, será una circunstancia pareja - con el nacimiento de la protección del derecho en general. Concretándonos al ámbito del Derecho Romano, vamos a tratar de exponer como fúe regulada la - protección de la servidumbre.

En la Ley de las XII Tablas, el derecho de servidumbre no está mencionado de una manera específica.

Posteriormente, es el Magistrado romano - el que dá validez, con su sentencia, a la licitud - propiamente dicha de una Ley sobre la servidumbre - y de este modo, nace dentro del Derecho Romano, la - institución de la servidumbre en el ámbito legal. - Pero empezaron rápidamente a surgir problemas, res-

(1) Roca Juan (De las Servidumbres - Barcelona - -- 1961, pág. 1ª).

pecto a aquellas personas, que, teniendo reconocido su derecho de servidumbre, se veían molestadas por un tercero que, negaba rotundamente la existencia, de dicha servidumbre.

El titular de la servidumbre, acudía, como es lógico, al Pretor romano, el cual se veía en la obligación de concederle una acción, contra el - tercero que, se oponía a su derecho, para dar consistencia judicial al derecho del reclamante y, - con esto, nace la acción confesoria propiamente dicha. Como ya hemos visto en el Derecho Romano, la acción era inherente al derecho que se poseía y, - por tanto, la acción confesoria, servía única y exclusivamente, para proteger el derecho afirmativo - de servidumbre, desdoblándose dicha acción, posteriormente, por el mismo Pretor, para poder atender, no solamente al reconocimiento de la servidumbre, - sino también, a la indemnización necesaria, por el daño que se había producido al titular, con la oposición indebida del tercero.

Esta acción de daños, se regulaba en el Derecho Romano, por un procedimiento muy similar - al de la acción reivindicatoria y, posteriormente,

fué tomando mucha mayor entidad, encontrándonos dentro del Derecho Justiniano, con su perfecto reconocimiento.

En el Derecho Germánico ya hemos dicho - que, no se conocían realmente las servidumbres, y - muchas menos las personales, existiendo exclusivamente limitaciones a la propiedad de interés general, que, sin embargo, caso de ser desconocidas, - por cualquier persona, llevarían consigo la consiguiente acción, para su debida efectividad. (1)

En nuestro derecho histórico, tanto el Fuero Juzgo, como el Fuero Viejo de Castilla que, - según indicábamos, establecían reglas en materia de servidumbre, como en Las Partidas, existían los medios consiguientes de defensa y ejercicio ante los jueces, de dichas normas regladas, conservándose la denominación de la "actio confesoria", procedente - del Derecho Romano, como típica y específica de las servidumbres, y aun del usufructo, uso y habitación, ya que, en nuestro derecho anterior al Código, tales derechos, se consideraban y regulaban como servidun-

(1) Pág. 8 de este trabajo.

bres personales, siendo hoy derechos reales independientes.

El Código Civil Español, no hace referencia a las acciones que tutelan el derecho real de servidumbre, pero es indudable dice Puig Peña (1) - que existen acciones, derivadas del ejercicio de este derecho real, para conseguir plena protección jurídica y, estas, son, las acciones confesoria y negatoria, así como los interdictos.

Roca Juan (2), dice también que, en efecto, "nuestro Código, siguiendo el ejemplo del Código italiano de 1865, no aparece ninguna norma expresa, que regule estas acciones, a pesar de lo que, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las acogen afirmativamente, como presupuestas - en el general mecanismo de defensa dominical, o en los principios tradicionalmente elaborados y recibidos, aunque con las diferencias normales, respecto a como fueron concebidas en su esquema original

(1) "Compendio de Derecho Civil (Tomo II, 1967 Ed. págs. 544 y 545, obra citada).

(2) "De las Servidumbres" (Barcelona 1961, obra citada, pág. 2^a).

rio.

Si bien no las menciona el Código, como - dice Castán (1), en nuestro derecho actual, la justicia del foro, sigue manteniendo la denominación - tradicional de "acción confesoria", a la propia y - característica del derecho real de servidumbre, y - en el mismo sentido, se manifiestan Manresa (2), - Valverde (3) y el resto de los tratadistas españoles.

En la Jurisprudencia, y como más adelante analizaremos, son incontables y numerosísimas, - las sentencias en las que, se hace referencia expresa, a las acciones confesoria y negatoria como - propias del derecho real de servidumbre.

3.- Clases de acción confesoria.- Siguiendo a la - doctrina italiana, podemos distinguir, dos clases - de acción confesoria, la acción confesoria de afir-

(1) Castán (Derecho Civil Común y Foral, obra citada, pág. 511).

(2) Comentarios al Código Civil (obra citada, pág.- 702 y siguientes.)

(3) Derecho Civil Español (obra citada, pág. 357).

nación y "la acción confesoria por daños".

A) La acción confesoria de afirmación.-

a) Concepto y naturaleza.- La acción confesoria de afirmación, es, practicamente, la auténtica acción real, propia del derecho real de servidumbre, es decir, la verdadera y propia acción confesoria a que, nos hemos referido, de manera que, todo lo dicho en torno al concepto, naturaleza, historia y antecedentes de la acción confesoria, es propio y exclusivo de la acción confesoria de afirmación, encaminada de modo directo a, "hacer confesar", la existencia de la servidumbre, a su reconocimiento y, en definitiva, a su propia afirmación, término éste - ultimo que, se añade por la doctrina italiana, a la denominación de confesoria, para su mas gráfico y expresivo concepto.

Estudiado el concepto y naturaleza, historia y antecedentes, de la acción confesoria, la misma que la doctrina italiana denomina acción confesoria de afirmación todo lo dicho en tal sentido, cabe reproducirlo aqui, con lo que, pasamos a analizar ahora, los problemas doctrinales, relativos a la legitimación para el ejercicio de dicha acción.

b) Legitimación activa y pasiva de la acción confesoria de afirmación.- La legitimación, nó ya - de la acción confesoria en particular, sino de todo - tipo de acción, se considera en el Derecho Procesal, de manera general, como aquella facultad, mediante la cual, puede una persona llegar a ser parte, en un procedimiento judicial.

Facilmente se comprende que, la facultad - de ser parte, es doble (1), es decir que tanto es parte aquél que, legitimamente ejercita la acción iniciando el procedimiento (actor o demandante), como - aquél, contra el que, tambien legitimamente, va dirigida la acción iniciada y, en su consecuencia, el proprio procedimiento (demandado).

De ello, resulta, asimismo, una doble legitimación: activa: del demandante; y pasiva: del demandado, el primero al ser aquella persona que tiene facultad para actuar como tal en el proceso, y el segundo, al ser el obligado a asumir la carga de tener que soportar dicho proceso como demandado.

(1) Guasp (Derecho Procesal Civil) pags. 184 y sgtes.
y Prieto Castro (Derecho Procesal Civil pags. -
266 y sgts.)

Legitimado activamente para ejercitar la acción confesoria o confesoria de afirmación lo está, sin duda alguna, el propietario del predio dominante o titular de la servidumbre, contra quien lo perturbe en el ejercicio de la misma o la desconozca (particularmente, el propietario o poseedor del fundo sirviente), para que, se reconozca o respete su existencia y, se prevenga al demandado que, se abstenga de lesionarla y, en tal sentido, se manifiestan Castán (1), Puig Peña (2), Espin (3), De Diego (4) Valverde (5) y la totalidad de la doctrina.

Legitimado pasivamente, lo está, aquella persona que desconozca, perturbe o de cualquier modo obstaculice, el ejercicio del derecho real de servidumbre, normalmente el dueño del predio sirviente.

-
- (1) Derecho Civil Español Común y Foral (obra citada pág, 511).
 - (2) Compendio de Derecho Civil (obra citada pág. 544)
 - (3) Manual de Derecho Civil Español (obra citada pág. 330 y siguientes).
 - (4) Instituciones de Derecho Civil (obra citada, pág. 452)
 - (5) Derecho Civil Español (obra citada, pág. 357).

Prieto Cobos (1), manifiesta que, al recaer la servidumbre sobre la cosa misma, otorga como consecuencia a su titular, una acción real que, se designa, con la denominación de acción confesoria y, que, corresponde ejercitarla al dueño del fundo (2).

Roca Juan (3), dice que, las acciones confesoria y negatoria, son de naturaleza real y ejercitables, contra cualquier poseedor del fundo sirviente que, niegue el derecho de servidumbre u obstaculice su ejercicio (la confesoria) y contra cualquiera que, arbitrariamente, se atribuya el ejercicio de una servidumbre (la negatoria), siendo la finalidad de ambas declarativa, consistente, en una determinación de derechos, a saber: existencia de la servidumbre o libertad del fundo.

Añade Roca Juan, en su obra "De las Servidumbres" (3) que citamos, que ejercitada la acción

(1) Prieto Cobos "Ejercicio de las acciones civiles" (Madrid 1.965 T.IV I pag. 199)

(2) Digesto Libro VIII. Título V Ley 2ª, párrafo 1º.

(3) "De las Servidumbres" (Barcelona 1961, obra citada).

confesoria, por el propietario del fundo dominante, titular de la servidumbre, el dueño del predio sirviente, puede negar la existencia de la servidumbre, solicitando se declare la plena libertad de la finca, frente al gravamen que se le quiere imponer.

No cabe pues, el menor género de dudas, - de que, los propietarios de los fundos, siendo los titulares del derecho de servidumbre, estan perfectamente legitimados, como nó, para ejercitar activamente la acción confesoria de afirmación. .

Es mas, el propietario de un fundo dominante, titular de una supuesta servidumbre, puede tambien estar legitimado pasivamente, como demandado, cuando le demande como actor al propietario del fundo que se presume sirviente, ejercitando la acción negatoria, al entender éste último que, tal fundo, - es libre y nó esta sujeto al gravamen de la servidumbre, ahora bien, si el propietario del fundo dominante, supuesto titular de la servidumbre, ejercita a su vez, en el mismo proceso, la acción confesoria, - para afirmar su derecho a la servidumbre, por via de reconvencción (demanda del demandado), en tal supuesto y, por lo que se refiere concretamente a dicha -

reconvención, no cabe duda de que, asume con tal pag-
tura, el caracter de actor o demandante, a la vez -
que demandado.

B - Supuestos doctrinales concretos, de ejercicio -
de la acción confesoria de afirmación.-

Si nadie ha puesto en duda que, los pro-
pietarios de los fundos, esta plenamente legitimados,
para ejercitar en un proceso, la denominada acción -
confesoria de afirmación o simplemente acción confe-
soria, sin embargo, la figura del propietario, puede
variar en diversas situaciones que, dependen, de la
forma de adquisición de tal propiedad, situaciones -
que, vamos a examinar de seguida:

a) El propietario a título originario.-

El propietario a título originario, ad-
quiere el dominio, independientemente de un derecho
anterior de cualquier personal "ex novo" y por tan-
to se dice, libre de toda carga o gravamen, tal es
el caso de la ocupación, y, se discute, si tambien
el de la usucapión, a quienes algunos autores, co-
mo Wolff (1), consideran como modo originario de -

(1) "Derecho de Cosas". Vol. I. pag. 424.

adquirir, si bien otros como Arias Ramos, entienden-
que, es un modo derivativo, y finalmente, Arangio --
Ruiz (1), como un tipo intermedio de ambas catego- -
rias.

En dichos supuestos el ocupante, e, inclu-
so, el usacabiente, con la adquisición del fundo, no
adquirirían en si mismo, los derechos de servidum-
bre, los cuales, serían inherentes a la propiedad --
abandonada.

La razón, era y es, que, si la servidumbre,
derecho autónomo, estructuralmente, depende, en --
cuanto a su existencia, de un derecho de propiedad,-
la extinción de la propiedad, extingue el derecho -
de servidumbre: muerte sin resurrección. Pueden --
sobre la misma cosa, reestructurarse nuevos y distin-
tos derechos de propiedad, así como de servidumbre,
pero no serían los mismos derechos ya extinguidos,-
y no parece que, la ocupación, modo de adquirir -
la propiedad, se pueda extender al modo de adqui-
rir derechos menores y mucho menos a la servidum-
bre.

(1) Arangio Ruiz ("De las Servidumbres" pág. 38).

El razonamiento no se diferencia mucho, - cuando se trata de la "usucapión" del fundo, ya que en este modo de adquirir, si cabe, se acata una sucesión cronológica en la titularidad de un derecho, pero no se efectúa una sucesión jurídica, esto es, una transferencia de propiedad. Se efectúa una adquisición a título originario, que provoca la extinción, por incompatibilidad, del derecho del titular precedente, faltando una transferencia de propiedad y la servidumbre no se transfiere, sino que, viene comprendida en la extinción de la propiedad que, - constituía su soporte, es decir, se extingue, no - pudiendo resurgir. Ahora bien, es verdad que la usucapión, es también un modo de constitución del derecho de servidumbre, al menos de ciertas servidumbres, y si la servidumbre se adquiere con la usucapión del fundo, en cuanto también por medio de la usucapión, la servidumbre es de hecho ejercitada - (poseída), este es entonces un nuevo derecho de servidumbre, distinto de aquél inherente a la propiedad extinguida, tiene un propio titular, una propia causa generadora (la usucapión) y también tiene una vida propia e independiente de la primera, también para el fundo sirviente, en cuanto es una nueva servidumbre, por la que resulta gravado en sustitución -

de aquella que se extinguió, pero no todos los autores son de este parecer, y así, Rendente (1) y Falda (2) afirman lo contrario.

Cuando en vez de abandono o usucapión del fundo dominante, se habla de abandono o de usucapión del fundo sirviente, el razonamiento cambia, y por ello, quien a título originario, adquiera o usucapie el fundo gravado con una servidumbre, permanece sujeto a dicha servidumbre, a menos que, usucapie la libertad del fundo o determine con su usucapión, la extinción por el no uso.

De todo lo dicho, se desprende que, el propietario a título originario de un fundo, adquiere el mismo, sin derecho a la servidumbre, si esta existe, ya que, se extinguió, al extinguirse la propiedad anterior y, este mismo razonamiento, cabe emplearlo para la usucapión.

Por el contrario, el propietario a título originario de un fundo, gravado con servidumbre, al adquirir el mismo permanece sujeto a dicha servi

(1) "Enindizio Civile" (pág. 139)

(2) "Studie e gestioni (pág. 211 y segt.)

dumbre, a no ser que, usucapie la libertad del fundo o determine con su usucapión, la extinción de la servidumbre por el nó uso.

b) El propietario a título derivativo.-

El propietario a título derivativo, adquiere el dominio, fundado en un precedente derecho que tenia otra persona y, por consiguiente, sujeta a - las mismas características, facultades, cargas, etc. que presentaba para el dueño precedente (1).

No existe problema alguno en el presente caso, ya que, el propietario que adquiere un fundo - a título derivativo, teniendo a su favor dicho fundo, un derecho de servidumbre, adquiere también la servidumbre y, como tal, está perfectamente legitimado, - desde el punto de vista activo, para ejercitar la - acción confesoria de afirmación, contra quien la perturbe en el ejercicio de la misma o la desconozca.

A su vez, el propietario que adquiere un -

(1) Castan: Derecho Civil Común y Foral. Tomo I. -
pág. 297 y siguientes. 7ª edición (obra citada).

fundo a título derivativo, gravado por servidumbre, al adquirir dicho fundo, sigue con el gravamen, y sujeto a la servidumbre, por lo que, es claro que, - se encuentra legitimado pasivamente, al ser propietario del fundo sirviente y obligado a soportar la carga en cuestión.

c) El propietario bajo condición o a término.-

Una persona puede adquirir la propiedad, sujeta a condición, pudiendo tal condición ser: susensiva o resolutoria.

La condición suspensiva, hace depender - la adquisición del derecho, del cumplimiento de la condición, de manera que, mientras la condición es-ta pendiente (conditio pendet), el derecho, en el - presente caso, la propiedad, nó se adquiere, cuando la condición se cumple, se adquiere entonces el de-recho, y si la condición se incumple, no se adquiere definitivamente el derecho.

La propiedad condicionada suspensivamen- te, nó es mas que una fórmula, con la que, se quie- re significar, la falta de un derecho de propiedad actual, durante el tiempo en que la condición esta

pendiente, y sería despues del cumplimiento de la -
condición, cuando habria que decidir, desde que mo-
mento se entiende adquirida la propiedad, si desde -
el momento de cumplirse la condición o desde el mo-
mento del contrato y por tanto y en este último ca-
so, con efectos retroactivos.

Una parte de la doctrina, a nuestro jui-
cio infundadamente, consideró, en algun momento, -
que, el propietario, bajo condición suspensiva, es-
taba legitimado para actuar en la acción reivindica-
toria y por tanto también en la confesoria de afir-
mación. Nosotros, sin embargo, creemos que, en este
caso, faltando la propiedad, el denominado impropia-
mente "propietario bajo condición suspensiva", nó es
tá legitimado para actuar directamente, ni tampoco,
en forma pasiva, para soportar la carga de ser deman-
dado.

Ahora bien, esto no significa que no esté -
legitimado para intervenir, en sustitución del propie-
tario, si por causa de la indolencia y pasividad del
mismo, pudiese sobrevenir el peligro de un daño irre-
parable, por ejemplo pérdida de la servidumbre, por
usucapión a favor de terceros, como consecuencia del
no uso y esta misma tesis hay que sostenerla, tanto

para la legitimación activa como pasiva.

La condición resolutoria, al contrario que la suspensiva, lleva consigo la adquisición del derecho, toda vez que, nó hace depender tal adquisición, del cumplimiento de la condición, sino que, el derecho, en el caso presente, la propiedad, se adquiere desde el principio, y únicamente su extinción, queda sujeta a la condición.

Por lo tanto, mientras la condición esta pendiente (*conditio pendet*) el derecho se adquiere, cuando la condición se cumple se extingue y si la condición se incumple, se adquiere definitivamente, de manera que, los supuestos, son totalmente contrarios a la condición suspensiva.

Ostentando el propietario, bajo condición resolutoria, la propiedad del fundo, si bien con la posibilidad posterior de dejar de serlo, nó puede en ningún caso existir duda, acerca de su perfecta legitimación, tanto activa, como pasiva, ya para actuar en defensa de la servidumbre a favor del fundo, o - para sostener la libertad del fundo, durante el tiem

po en que, la condición está pendiente, del mismo modo que, tampoco se duda que, el titular bajo condición, esté legitimado, para actuar en favor del propio derecho condicionado.

Es más, el propietario bajo condición resolutoria, puede constituir servidumbres sobre la finca, si bien, como quiera que, el derecho de este propietario, está en suspenso por la condición en determinados casos o dependiente de un título anulable, por supuesto que, la servidumbre, se extinguirá con la resolución o anulación del derecho del que la -- constituyó (1).

Las dudas surgen, concretamente, acerca de los límites de la eficacia de una sentencia, obtenida durante el tiempo en que, la condición esté, pendiente. La doctrina, en general, sigue este principio: el que entrega una cosa bajo condición resolutoria, no se convierte en sucesor del que recibe la cosa bajo la misma condición, en caso de llegar a -- cumplirse esta y, por lo tanto, la eficacia de la -- "cosa juzgada", que sería válida siempre contra el -- segundo, no se extiende contra el primero.

(1) Manresa y Navarro (Comentarios al Código Civil Español. Tomo IV, pág. 888 obra citada, Ed. 6ª)

Esta fué la opinión unánime de la doctrina, si bien contra ella Hellwig, siguiendo en gran parte a la doctrina alemana, sostuvo la tesis contraria, admitiendo que, la eficacia de la "cosa juzgada", es válida también contra el que readquiere la cosa, por cumplirse la condición resolutoria. Esta postura, no puede ser admitida en nuestro derecho, porque aquí, domina incontestablemente, el principio de la retroactividad de la condición, y su consecuencia que es producir efectos "ex nunc".

Admitida pues, la ineficacia de la cosa juzgada, contra el que readquiere la propiedad por cumplirse la condición, ¿cual es, no obstante, la eficacia que dicha sentencia tendría contra el mismo sujeto que la ha obtenido, es decir, el que fué propietario, si ha devenido por cualquier medio en titular definitivo?

Esta pregunta tiene una doble contestación muy interesante, bajo el aspecto teórico y - práctico, pues es obvio que, si por una parte, el - que fué propietario, no deviene nunca titular definitivo, por la otra, el que entregó la propiedad - bajo condición, sigue su camino independiente.

Puede muy bien darse que, este derecho - de propiedad, retorne de modo legítimo y de manera - definitiva, al mismo sujeto, frente al cual, mientras pendía la condición, fué ya emitida una primera sentencia con eficacia de la cosa juzgada. ¿tiene de nuevo acción para hacer valer la servidumbre contra el mismo sujeto que fué ya parte en el pleito del - que se deriva la cosa juzgada o puede por el contrario ser reconocido?.

Son distintos los pareceres que se han - podido recoger en la doctrina, si bien, el predominio, es también incierto, no sólo en cuanto a la conclusión, sino también, en cuanto a las razones que - lo sufragan.

Es necesario ver todos los casos posi-

bles:

Hipótesis primera.- El propietario bajo -
condición resolutoria, que ha promovido la acción -
confesoria, obtiene una sentencia desfavorable y, -
cumplida la condición, el que resulta propietario, -
promueve a su vez una acción y obtiene una sentencia
favorable. Después el primero readquiere para sí el
mismo fundo, por cualquier otro medio de derecho, y
entonces puede ser admitida la eficacia de la cosa
juzgada, derivada del que obtuvo la sentencia favora
ble, y que, a su vez, éra, el que le entregó la cosa
bajo condición resolutoria, aunque él, previamente,
hubiera obtenido una sentencia desfavorable?.

Hipótesis segunda.- El propietario al que
ha retornado el fundo, "resoluto iure in conditione",
no actúa, y el qué, por la condición resolutoria per-
dió el fundo, y que, está ya incurso en la eficacia
de la cosa juzgada de una sentencia desfavorable, -
si readquiere el mismo fundo, podrá actuar de nue-
vo?.

Hipótesis tercera.- Finalmente, si el -

propietario "pendente conditione", obtiene sentencia favorable, pero el que le entregó el fundo bajo condición, devenido propietario por cumplirse ésta, a su vez, en un nuevo procedimiento, obtiene una sentencia desfavorable, ¿puede en este caso, beneficiarse de la eficacia de la cosa juzgada que, obtuvo, - aquél a quién cedió el fundo, bajo condición resolutoria, o debe conformarse con los efectos de la sentencia desfavorable obtenida por él?

La resolución de la hipótesis primera, debe consignarse en sentido afirmativo, y ello, porque, existen razones muy sensibles y anteriores a todo lo que puede dar de sí el difícil problema de los límites de la eficacia de la cosa juzgada, que así lo aconsejan. Si no fuese así, no se encontraría la razón, por la que, el que adquiere en autentica sucesión, la propiedad de un fundo que, tiene a su favor, una servidumbre, no se convierta en titular de esta servidumbre, cuando lo era legítimamente aquél, que le había transmitido el fundo, pero a pesar de todo, también puede pensarse que, a despecho de la precedente sentencia desfavorable, el hecho de la -

sucesiva adquisición de una persona que tiene derecho a poder disponer de la cosa, constituye para el sucesor un título idóneo, para superar el obstáculo de la eficacia de la cosa juzgada.

Pero razonando, también dentro de los márgenes del problema, la respuesta afirmativa para el caso precedente, nos induce a pensar en el mismo sentido para responder a la hipótesis segunda. A groso modo, se puede ya observar que, si la sentencia favorable obtenida por el que transmite el fundo favorece no obstante a aquél que precedentemente la obtuvo desfavorable, no se ve ninguna razón por la que, si el que transmite el fundo pudo actuar y no lo había hecho todavía, la misma facultad no deba tenerla aquel que adquiere legítimamente el fundo. Se advierte rápidamente que, razones análogas a aquellas que justifican la primera solución, sirven para resolver en sentido afirmativo la segunda hipótesis. La objeción que se presenta es que, aquél que se opone a la sentencia, encontraría la pronta respuesta de que esta oposición no existe, por cuanto en otra hipótesis no existía contradicción entre las dos sentencias. El dilema de hecho es

inevitable; o admitida firmemente la eficacia de la cosa juzgada, se niega una nueva posibilidad de iniciar la acción y del mismo modo se debe negar el derecho de aprovecharse de la sentencia favorable obtenida por quién transmite al fundo aunque sea contradictoria con la primera, o bien, como las razones por ahora adoptadas sugieren, se admite este derecho, y es necesario reconocer también aquella facultad. Las dos situaciones, si bien diversas de -contenido, se contienen homogéneamente, dentro del fenómeno sucesorio, y no pueden diferenciarse en su tratamiento jurídico.

Mayor dificultad podemos encontrar en la -tercera hipótesis, pero con un poco de reflexión, -también aquí nos orientamos en perfecta coherencia -con las soluciones anteriores, al reconocimiento de la eficacia de la última sentencia, aunque se vuelva en perjuicio del nuevo propietario que precedentemente, como propietario "sub conditione", había -ya obtenido sentencia favorable. Naturalmente no por ser la última sentencia, ya que objetivamente ésta -no anula la primera, sino por que la primera no está ya en situación de mantener su propia eficacia.

La explicación de esta razón nos lleva al fondo del problema, y nos conduce a reconocer el verdadero motivo de las precedentes relaciones, las cuales, no podemos dejar pasar, sin observar sus aspectos más sensibles.

La razón o motivo, es que, la persistencia de la sentencia a todos los efectos procesales, no impide rescindir la relación sustancial, al sobrevenir el hecho elevado a resolutivo.

Para valorar este enunciado es necesario hacer un inciso sobre algunas premisas del derecho de servidumbre:

1º.- La servidumbre es esencialmente una figura jurídica y como tal se rige y se concierta entre sujetos, y no ciertamente entre objetos; el "qualitas fundi", es solamente una imagen que sirve para expresar la particularidad, bien notoria de este derecho, de estar establecido "in re intuitu re".

2º.- El derecho de servidumbre, aun siendo un derecho autónomo, postula como condición de su subsistencia, la propiedad del fundo dominante, por

ello está claro, que rescindiéndose el derecho-condición (propiedad del fundo dominante) se rescinde automáticamente el derecho-condicionado (derecho de servidumbre).

Esto sentado, es obvio que, venido a menos para A (propietario bajo condición que, mientras esté pendiente la misma, obtiene un dato afirmativo acerca de la existencia de la servidumbre) la propiedad del fundo dominante, viene a menos para él también el derecho de servidumbre. De la eventual sentencia, aunque sea favorable, si la hubiese obtenido, no se podrá beneficiar para hacer valer un pretexto cualquiera de servidumbre si no pudo ser confirmado como propietario dominante. Así como, si por el contrario, dicha afirmación hubiese sido favorable a la otra parte, ésta no podría beneficiarse de dicha sentencia, para reafirmar sus pretensiones contra el sujeto a quien dicho evento había hecho retornar, resolutivamente, esto es no por sucesión, la propiedad del fundo, a cuyo cargo, en contradicción de la propiedad rescindida, fué confirmada la servidumbre.

La sentencia no está provista de una eficacia que, pueda impedir estos efectos sustanciales, al verificarse la condición resolutoria, fija, por así decirlo, como existente o inexistente, un derecho de servidumbre, perteneciente al sujeto A sobre el fundo del sujeto B, mientras en realidad, y con plena independencia de todo aquello que implica esta situación procesal, por un hecho sustancial (resolución de la propiedad) vuelve todo a una discusión en relación a los sujetos B y C, nuevo sujeto al cual, al verificarse la condición, ha retornado la propiedad del fundo - y, con esta cuestión sin juzgar, la pretensión acerca de la servidumbre.

Puestos ahora frente a las relaciones A-B y C-B, la primera fijada procesalmente por la sentencia, pero sustancialmente inexistente, la segunda - existente, pero todavía no fijada por ninguna sentencia, podemos admitir, sin temor a engañarnos, que, se trata de dos soluciones, sobre la misma figura, pero, como individualidades, objetivamente distintas, una, vacía e inerte de un pronunciamiento judicial devenido irreformable, y otra, constatación de una posición viva y dinámica, porque además C-B no deriva de A-B,

y mientras A-B es ya irreformable, C-B está todavía -
sin juzgar.

En definitiva, el propietario bajo condición resolutoria, está legitimado, evidentemente, para defender la servidumbre, y en líneas generales, - la sentencia que obtenga, es solo válida para él en todos los casos y, si por cualquier causa, deja de - ser propietario (por cumplirse la condición), el nuevo propietario tendrá que iniciar un nuevo procedimiento, pero si por cosas del azar, deviniera propietario definitivo, la sentencia que obtuvo, siendo - propietario bajo condición resolutoria, tiene frente a todos los terceros, la eficacia de la cosa juzgada, con todas las consecuencias que ésto implica dentro - del derecho.

También una persona, puede adquirir la propiedad a término, y aquí es conveniente, antes de entrar en ninguna discusión, solucionar el problema de la propiedad sometida a término. La cuestión previa, al problema de la legitimación de hecho, es siempre - la misma: ver si subsiste, y en cual de los sujetos - interesados en la propiedad sometida a término, un derecho, que atribuyendo la titularidad del derecho de servidumbre, haga surgir la legitimación para actuar,

y en segundo lugar, si al sobrevenir el término, se verifica una transferencia del derecho de propiedad, entre los mismos sujetos por vía de sucesión.

Las más difundidas de entre las reconstrucciones negativas de la propiedad a término (excluyendo aquellas que configuran la propiedad a término como una relación de usufructo a término final), nos llevarían a la conclusión de que, legitimado para actuar, está sólo aquél, en el que actualmente existe el derecho de propiedad y, no otra persona que, no siendo actualmente propietario, pueda llegar, por sobrevenir el término, a adquirir por transferencia dicha propiedad. La tesis de Allara (1), reconstruyendo el fenómeno como coexistencia de dos propiedades, una a término inicial, y otra a término final, conduciría a resultados notoriamente diversos: que legitimados para actuar estarían ambos sujetos titulares de la doble y coexistente propiedad, y el hecho de que sobrevenga el término, no daría lugar al transferimiento por sucesión, sino a la desaparición automática de una propiedad ya existente, y a la ex

(1) Allara ("La propiedad a término", pág. 23).

tensión de la otra a un solo sujeto.

Nuestra opinión es que, el fenómeno de la propiedad a término, está plenamente admitido en nuestro derecho, pero de él, no puede sacarse la conclusión, de la existencia de dos propiedades distintas, subsistiendo simultáneamente sobre el mismo objeto, sino, por el contrario, de nuestro derecho, se deriva que, actualmente, solo subsiste la propiedad a término final, y no la misma propiedad del que entregó la cosa a término. En la propiedad a término inicial, ésta no hace para el adquirente, hasta el cumplimiento del término, y por tanto éste no es todavía propietario, y pudiera no llegar a serlo nunca.

El propietario actual es, por tanto, verdadero y único propietario del fundo, el futuro posible propietario, no tiene, respecto a la cosa, ningún derecho real ni, propiamente dicho, un derecho de crédito. No tiene un derecho real, porque la causa generadora de la propiedad, no ha sido todavía completada, faltando el cumplimiento del término, y no tiene tampoco un derecho de crédito, porque el negocio traslativo de dominio, está ya comprendido en él

mismo, y al llegar el término, se efectúa la transferencia, sin intervención de situación crediticia alguna.

De aquí surge, sin duda alguna, una situación de interés, también para este "propietario" a término inicial; consistente en la expectativa - de que, la posibilidad de su futuro derecho, no se vea comprometido por hechos realizados por el sujeto, al que, de momento, está atribuida la propiedad.

De estas premisas y yendo directamente - al problema de la legitimación se dice que:

1º.- El propietario a término final, es actual y verdadero propietario y consiguientemente, titular del derecho de servidumbre y legitimado, - por tanto, activamente, para actuar en la acción - confesoria de afirmación y pasivamente para defender la libertad del fundo.

2º.º El propietario a término inicial, - no siendo actualmente propietario del fundo ni, por

ello, titular del derecho de servidumbre, no se puede decir que esté legitimado activamente en el caso que nos ocupa, ni tampoco pasivamente.

3º.- Al sobrevenir el cumplimiento del término, se efectúa por sucesión, el transferimiento de la propiedad, y con ésta, el del derecho inherente de servidumbre, por lo que, el nuevo propietario, siendo sucesor, está sujeto a la eficacia de la cosa juzgada, dimanante de la sentencia obtenida - por su transferente, aunque esta sentencia se obtuviera, en el tiempo que media entre la iniciación - del proceso y la realidad de la transferencia, y

4º.- El que, unido a aquella expectativa, de la que hablábamos antes, hace surgir en él la legitimación activa o pasiva, para intervenir adhesivamente en el juicio, iniciado por el propietario a término, está, a éste solo título, legitimado, y, - quizás, no se deba excluir que, si se quedara indefenso, en caso de peligro, puede actuar como sustituto procesal, sin necesidad de otra nueva intervención.

d) El copropietario.-

El copropietario o condueño de un fundo - que, tenga a su favor, como fundo dominante, un derecho real de servidumbre, está perfectamente legitimado, para promover la acción confesoria de afirmación, en nombre de la comunidad, frente al dueño o cualquier poseedor del fundo sirviente que, niege el derecho de servidumbre u obstaculice su ejercicio, pudiendo en definitiva cualquier condueño, reclamar el disfrute de la servidumbre, a favor de una finca común y lo mismo para la defensa de la libertad del fundo, es decir legitimado desde el punto de vista pasivo. (1)

La tesis expuesta, es, absolutamente general y, en nuestro derecho, confirmada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Caso distinto a la legitimación para el ejercicio de la acción de defensa de la servidumbre o de la libertad del fundo, en beneficio de la comunidad del predio, sería el de la constitución de la servidumbre, por un solo copropietario o condueño, -

(1) Prieto Cobos: "Ejercicios de las acciones civiles (Madrid 1965) T.I.V.I. pág. 199)

constitución que, como dice Chiovenda, no se entiende concedida estable y realmente, sino cuando los otros copropietarios, la hubieran concedido a su vez, permaneciendo mientras tanto en suspenso, hasta que llegue la concesión por el último de dichos copropietarios, y es que, hay que tener presente, que, la servidumbre, es un auténtico -- gravamen que pesa sobre el inmueble, y para gravar, es preciso, en régimen de comunidad, el consentimiento expreso de todos los comuneros, ya -- que, se trata en definitiva, no de un acto de administración, sino de disposición.

El copropietario, el condueño, podrá enajenar su cuota o parte, pero esta enajenación, no es la de la finca, y como al constituirse una servidumbre sobre una finca, no se constituye sobre una parte alicuota, sino sobre toda la finca común, se comprende muy bien, como dice Manresa (1), que el establecimiento de una servidumbre, sobre la finca común, sólo pueda hacerse, por quién es verdaderamente propietario, que es, la comunidad, aunque -- ello, no impida que, la concesión por los diversos copropietarios de la comunidad, pueda hacerse suce-

(1) Comentarios al Código Civil Español (T. IV -- pág. 890. obra citada. Ed. 6ª).

sivamente, por cada uno de ellos, pero la finca no queda gravada, sino cuando el último de los participes, hubiera consentido en ello, desprendiéndose de todo ello, únicamente, que, la servidumbre, se podrá establecer, en virtud de diversos títulos: uno, de los participes que, por ejemplo, han consentido a título lucrativo, y otro, de los restantes participes que, también por ejemplo, consintieron a título oneroso, ya que, como dice Pacifici-Mazzoni (1), la indivisibilidad de la servidumbre, no es obstáculo, al concurso de múltiples y diversos títulos constitutivos.

Finalmente, el compromiso de uno solo de los copropietarios, no se anula, porque los demás no consientan en la constitución de la servidumbre, sino que, una vez adquirido aquél, si al fin los restantes copropietarios consintieren, el compromiso primero, obliga al que lo hubiere pactado y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, por cuanto, no pueden impedir el ejercicio del derecho concedido, y aun más si los otros copropietarios tolerasen el ejercicio del derecho concedido, el concedente y sus sucesores, no tendrían contra el concesionario acción alguna.

(1) "Servitus prediale" (pag. 103)

e) El usufructuario.- Es opinión de la doctrina, bastante frecuente, que, el usufructuario, está legitimado para actuar en nombre propio en la acción confesoria de afirmación y en la negatoria, ya que, en términos generales, se ha llegado a afirmar que, el usufructuario, está legitimado sobre la cosa usufructuada, para el ejercicio de todas las acciones que pueda promover el propietario.

Pero el usufructuario, no tiene la titularidad de la servidumbre, que es inherente al fundo, - la servidumbre no es un derecho suyo, y solo su ejercicio entra en el ámbito del derecho del usufructo.

Partiendo de la regla, de que, solo está legitimado para hacer valer, en su propio nombre, su propio derecho, el usufructuario, no estaría legitimado, ni para promover la acción confesoria de afirmación, acerca de la pretendida servidumbre del fundo sobre el que recae el usufructo, ni para sostener lo contrario, en el procedimiento promovido por otro, a través de la acción negatoria.

Pero, como el usufructuario, tiene, lo -

miemo que el propietario, y quizá más que él, interés en el ejercicio de la servidumbre, puede entenderse, que, la tutela de este interés, sea actuada a través de la defensa del mismo usufructo, es decir por lo - que los romanos llamaban "confessoria usus fructus", que, en caso de procedimiento sobre la servidumbre - pretendida, habría provocado la llamada al procedi - miento del propietario, contra el cual, como verdade - ro legitimado, el juicio se proseguiría y se llevaría a término.

Nos queda por examinar el caso, de si, es - necesario que, el propietario, llamado a juicio por - un usufructuario demandado, deba incluir necessariamen - te al usufructuario en el procedimiento.

No se puede pensar en un litisconsorcio ne - cesario, entre el propietario y usufructuario, porque aunque se partiese de la regla anterior, de que, el - juicio no puede proseguir sin la presencia del propie - tario, no queda establecida la de que, citado el pro - pietario, no pueda proseguir sin la llamada al proce - dimiento del usufructuario, ya que, tal juicio, sin - duda alguna, podría proseguir, por haberse demandado al propietario.

En todo caso, aunque el usufructuario, no sea titular del derecho de servidumbre, tiene sin embargo el usufructo, y por lo tanto, el ejercicio en cuanto sea inherente a la propiedad del fundo, es decir el ejercicio en definitiva de la servidumbre, cualquiera que esta sea, y al ser titular de un derecho real de usufructo y ejercitar la servidumbre, está legitimado activamente para promover la acción confesoria de afirmación y consiguientemente en forma pasiva, al menos adhesivamente, previa la llamada al propietario nudo (1) y en el mismo caso que el usufructuario, dice Valverde (2) que se encuentran el usuario y el habitador, si bien ello es más dudoso, dado que, si bien tanto el uso como la habitación, son derechos reales, como el usufructo, no comprenden, como éste, todos los frutos de la cosa, al estar restringidos y condicionados por las necesidades del usuario o habitacionista y su familia.

La amplitud de contenido del derecho de usufructo, así como la ventaja y consiguiente perjuicio

(1) Roca Juan (De las Servidumbres. Obra citada, pág.2)

(2) Valverde (Derecho Civil, obra citada, pág. 357).

cio que puede irrogarse al usufructuario con la servidumbre, constituye en todo caso, interes suficiente, para justificar la intervención, tanto activa como pasivamente.

f).- El marido respecto al fundo dotal.- Análogo interés y análoga solución se debe seguir al examinar el caso de la servidumbre que recae sobre un fundo dotal.

Ya antiguamente, se hablaba de un derecho del marido, de actuar contra los deudores y tenedores de la dote, y es que, el marido, tiene facultad para hacer valer todos los derechos relativos a los bienes dotales, siempre que, naturalmente, según el derecho positivo, le corresponda la administración de la dote y, dentro de esta facultad, estará la de actuar, - en el caso de reconocimiento de una servidumbre sobre un fundo dotal o de su consiguiente oposición.

g).- El marido respecto al fundo ganancial.- El mismo criterio que, con respecto a la dote, debemos adoptar en el caso de que la servidumbre sea a favor de un fundo, que pertenezca a la sociedad de gananciales. En este caso, el marido, si es administrador de la sociedad legal de gananciales, está autorizado para -

ejercitar todas las acciones necesarias, para la mejor defensa y administración de dichos bienes.

Muchos más problemas nos plantearíamos, - en el caso de que fuera la mujer la administradora - de los bienes dotales o bien de la sociedad de gananciales, y lo mismo con respecto a los bienes parafernales. En este caso, ya sabemos que, en principio, - el Código, limita la posibilidad de la mujer para poder comparecer en juicio sin la asistencia de su marido y, como este es un problema de capacidad general se debe resolver por las normas legales al respecto, excediendo, su estudio detallado, de los límites de este trabajo. Por tanto, y a nuestros efectos, solo nos queda por decir que, la mujer, puede actuar en juicio ejercitando la acción confesoria, siempre y cuando tenga reconocida esta facultad, por sí misma, o se la procure, a tenor de las normas generales que, sobre la capacidad, contienen los Códigos Civiles y demás Leyes de Derecho Positivo.

h) El enfiteuta.- Que el derecho de enfiteusis es un "ius in re aliena", lo admiten hoy todos los autores, incluidos los que ven en el enfiteuta, el verdadero señor del fundo.

Generalmente, al dueño del dominio útil (en fiteuta), se le suele reconocer, la facultad de disponer de la finca libremente, poniéndolo en conocimiento del dueño del dominio directo, estando tal derecho, perfectamente reconocido en nuestro derecho, como veremos más adelante.

También se reconoce a ambos dueños del dominio directo y del útil, los derechos de tanteo y retracto, siempre que vendan sus respectivos dominios, tal cual si fueran auténticos condueños.

Pués bien, en tal supuesto, teniendo en cuenta que, dentro del dominio útil, se comprendería la servidumbre existente a favor del fundo enfiteuta o la servidumbre que pudiese gravarlo, no cabe duda de que, no sólo como condueño, sino como propietario del dominio útil, el enfiteuta, estaría legitimado de modo directo, y por sí mismo, para el ejercicio de la acción confesoria de afirmación, y legitimado también pasivamente (1), sin que creamos sea necesaria, la llamada al dueño del dominio directo.

(1) Roca Juan (De las Servidumbres, obra citada, pág. 3).

1) El acreedor.-

El acreedor o acreedores, no están legitimados, como tales, para ejercitar de modo directo, - las acciones propias de la servidumbre que correspondan al derecho de su deudor.

Unicamente el acreedor, estará en situación de ejercitar la confesoria de afirmación de la servidumbre, establecida a favor de un fundo, propiedad - de su deudor, por vía de la sustitución procesal y a través de la subrogación.

Y es que, el acreedor, ni es, naturalmente, dueño de la servidumbre, ni ejercita la misma, como titular de un derecho real de goce sobre el inmueble, caso del usufructuario y enfiteuta, sino a - lo sumo, y, tratándose de un acreedor hipotecario, - es solamente titular de un derecho real de garantía o realización de valor.

Ciertamente que, todo acreedor, tiene un - interés manifiesto en la conservación del patrimonio de su deudor y, más concretamente, el acreedor hipotecario, sobre la finca gravada a su favor con la - hipoteca, porque en función del valor de tal finca,

realizará su crédito, en el caso de incumplimiento - por falta de pago del préstamo, por parte del deudor, dueño de dicha finca.

Ni que decir tiene, la importancia que, -- para el acreedor, ha de tener, la existencia de una-servidumbre, a favor de la finca de su deudor, ya que, toda servidumbre, es siempre un beneficio, ventaja o-provecho, para el fundo dominante que, le hace aumentar de valor y rendimiento (1), teniendo en cuenta -- además que, este aumento de valor del fundo, por la -existencia de la servidumbre, en la mayoría de los casos, se habrá tenido en cuenta.

De la misma forma, también para el acreedor ha de tener enorme importancia, el hecho de que, el -fundo del deudor, que constituye su garantía, se pu--diera encontrar gravado, como predio sirviente, con -una servidumbre, dado que, tal circunstancia, lleva--ría consigo una disminución de su valor y consiguien-temente de su garantía, máximo cuando tal reducción -de valor económico, pudo no contemplarse en el momen-to del otorgamiento del crédito.

(1) Colin y Capitant (Curso Elemental de Derecho Civil obra citada, pág.797).

Pues bien, si el deudor propietario del fundo y titular del derecho de servidumbre, por negligencia o malicia, no ejercita las acciones propias de defensa de su derecho, el acreedor, puede ejercitar las mismas por subrogación, para lo que estaría legitimado, por vía de la sustitución, con lo que, de esta forma, el acreedor podría promover la acción confesoria de afirmación.

A su vez, y naturalmente de la misma manera, estaría también legitimado, para ejercitar, por la misma vía de la subrogación, la acción encaminada a sostener la libertad del fundo y consiguientemente la no existencia de servidumbre, mediante la correspondiente acción negatoria.

1).- El poseedor.-

El poseedor, como tal, no está tampoco legitimado por si mismo, para ejercitar las acciones propias de la servidumbre, a través de un procedimiento declarativo. Quien afirma lo contrario para el caso del poseedor de buena fé, es víctima de un equívoco pues basta observar que, para hacer surgir dicha legitimación, en el poseedor de buena fé, sería nece-

sario calificar a dicha posesión como un derecho --- real susceptible de hipoteca. Si al poseedor de buena fé, se le debe reconocer una legitimación para --- actuar, esta se le reconocería no en cuanto poseedor, sino porque como poseedor se afirma como sí fuese-titular (aunque luego no resultase así) del dere---cho de propiedad, del de usufructo, o del de enfi---teusis, en suma, de un derecho real, que lleve consigo, la legitimación, en la forma y límites de la misma, en definitiva, a través del dueño o propietario-del inmueble, y ello tanto desde el punto de vista - activo como pasivo.

El ejemplo típico del poseedor, es el --- arrendatario del fundo, el cual, al no ser titular de un derecho real, para obtener la protección de- las servidumbres, referentes a la finca arrendada, debe dirigirse al propietario, careciendo en consecuencia de toda legitimación (1).

k).- El heredero.- Con respecto al heredero o he- rederos, es, sin embargo, prácticamente unánime,- la tesis de que, los mismos, de mutuo acuerdo, ---

(1) Roca Juan: "De las Servidumbres" (obra citada, pág. 2).

pueden ejecutar, con plena validez y eficacia, todos los actos de disposición o de otra índole, sobre los bienes que les pertenecen, desde que sobrevino el fallecimiento de su causante (1) y por lo tanto, las acciones propias de la servidumbre, estando en consecuencia legitimados, en ambos aspectos activo y pasivo.

c).- La acción confesoria por daños.-

a) Concepto y naturaleza.- Si la acción confesoria de afirmación, está encaminada a declarar, a reconocer, y en definitiva a "hacer confesar", la existencia de la servidumbre, contra quién perturbe el ejercicio de la misma o la desconozca, la acción confesoria por daños, esta encaminada a obtener la reparación del perjuicio, por la violación producida, como consecuencia de desconocer o de haber tratado de impedir u obstaculizar, el ejercicio de la servidumbre al titular de la misma, es decir al dueño del predio dominante.

Nace esta acción, del daño o perjuicio pro

(1) Prieto Cobos. ("Ejercicio de las acciones civiles", obra citada, pág. 199)

ducido, como consecuencia del incumplimiento de un derecho real o ejercicio indebido del mismo, pero si este daño o perjuicio, se ocasiona concretamente, por desconocer, violar o perturbar, el derecho real de servidumbre, por parte de la persona obligada a soportarlo, como propietaria del predio sirviente, entonces, esta acción de daños, se denomina específicamente, "acción confesoria por daños.

Esta acción es realmente secundaria, toda vez que, el "petitum" de la misma (daños y perjuicios), es accesorio de lo principal, que es el reconocimiento y existencia de la servidumbre, lo que se logra a través de la confesoria de afirmación.

Y es petición subordinada a la principal de declaración y reconocimiento del derecho de servidumbre, porque, desde luego, no parece posible, obtener una sentencia de condena, sin que, al mismo tiempo, se pida y obtenga la declaración de la existencia del derecho real perturbado.

La naturaleza y fundamento de la confesoria por daños, esta precisamente concretada, al daño o perjuicio sufrido al titular de la servidumbre, -

per quien la desconozca o impida o perturbe el ejercicio de la misma.

b) Legitimación activa y pasiva de la acción confesoria por daños.- Esta acción por daños: referidos a los derivados de la violación del derecho de servidumbre, puede interponerse, contra cualquiera que, con tal violación, haga surgir el interés para actual judicialmente.

En principio, pues, la acción confesoria por daños, puede interponerse contra cualquier tercero que, con sus actos, cause un perjuicio susceptible de indemnización, al titular de un derecho de servidumbre, quien, en tal sentido, por la perturbación, obstaculización o desconocimiento, en definitiva, estaría por ello legitimado pasivamente.

Esta caracterización de la legitimación en la acción confesoria por daños, es una consecuencia lógica del carácter de "real" que, según antes hemos expuesto, tiene la servidumbre y su arma protectora, que es la acción confesoria, en sus dos aspectos.

Por lo que respecta al lado activo de la -

legitimación, podemos análogamente afirmar, que se -
puede interponer la acción confesoria por daños, por
cualquiera que sea perturbado, molestado o dañado en
el ejercicio de su derecho de servidumbre.

Pero esto, significa poco más que haber -
planteado la cuestión, y, queda por ver, quién puede
calificarse jurídicamente, como perturbado y dañado -
por la violación.

En primer lugar, y sin lugar a dudas, el -
propietario del fundo titular de la servidumbre, pero
puede llamarse también perturbado o dañado al titular
de un derecho distinto del de la propiedad del fundo,
el cual derecho no atribuya la titularidad de la ser-
vidumbre, pero que tenga comprendido dentro de sus fa-
cultades el ejercicio del derecho de servidumbre, co-
mo ocurre con el enfiteuta, y el usufructuario.

No hay por que dudar, que el enfiteuta y
el usufructuario estén legitimados para actuar, siem-
pre que, no este en juego, la existencia misma de la
servidumbre, contra toda perturbación de hecho reali-
zada contra el ejercicio de su derecho, en todo aque-

llo que se comprende dentro del ámbito de dicho derecho y, siempre, por supuesto que, dentro de ese ámbito, está comprendido el uso de la servidumbre.

De hecho no se trata de decidir sobre la existencia del derecho de servidumbre (puesto que si esto fuera así, entraríamos automáticamente dentro de la hipótesis de una acción confesoria de afirmación), sino sobre una violación que ha sido sufrida por el que tiene el derecho de goce. Por ello no sólo los legitimados, sino también únicos legitimados, están el usufructuario y el enfiteuta siempre que, la facultad de goce sea exclusiva, como lo es en ambos casos, y estarán legitimados como si fueran titulares de estos derechos. Por el contrario, y aunque sea titular del derecho de servidumbre no está legitimado en la acción confesoria por daños el nudo propietario, porque sin adherirnos a la teoría del fraccionamiento de la propiedad, la perturbación afecta al goce, no a la facultad de disposición, y por ello, no surge para él, el interés de actuar, salvo que, naturalmente, la perturbación alcance otros efectos que no sean los del goce.

Esta doble conclusión, se encuentra per-

fectamente confirmada en el Código Civil Español, - que habla de los derechos de los usufructuarios, en orden a la posibilidad de defender su propio derecho de usufructo, como veremos más adelante.

Pero el derecho de goce del fundo, puede ser consecuencia de un derecho meramente personal, a título de arrendatario, por ejemplo.

La cuestión se plantea en los mismos términos que la precedente, es decir, si el arrendatario puede calificarse jurídicamente, como perturbado, por la violación del derecho de servidumbre y - como legitimado para actuar y hacer cesar la perturbación, al mismo tiempo que obtener reparación del - daño causado.

Al arrendatario se le atribuye por la doctrina en general, la facultad de actuar en nombre - propio, contra las molestias de terceros que, no - pretendan tener derecho, y en tal sentido, no cabe duda que se encuentra legitimado, al haber sido lesionado en su derecho, al ser el arrendatario, un titular de un derecho de goce, ya sea a título personal o a título real.

En el caso de que se ataque el fundamento del derecho de servidumbre, es lógico pensar que el arrendatario, al verse molestado en su derecho de goce, estará igualmente legitimado pero, debe en este caso dar aviso inmediato al arrendador, que se supone propietario del fundo, para que, éste, acuda a todo aquello que sea necesario, para defender su propio derecho, quedando, no obstante, facultado para ello, el arrendatario, si aquél no lo hiciera, y todo sin perjuicio del derecho de repetición.

De este modo resulta indiscutible este principio: defenderse de las molestias promoviendo una acción judicial, está permitido al titular de un derecho de goce, sobre la cosa de otro, en cuanto que, de la violación, se derive una perturbación para dicho derecho, y ello, sin entrar en la cuestión sobre la existencia o no de ese derecho del otro.

V.- LA ACCION NEGATORIA.-

1.- Concepto y naturaleza.- La acción negatoria o negativa referida exclusivamente a la defensa de la propiedad, contra las servidumbres, como la hacia el Derecho Romano, es aquella acción real que,

compete al dueño de la finca libre, sobre la cual se pretende por otro disfrutar una servidumbre, para que, se declare la libertad del predio, se condene al perturbador a la indemnización de daños y perjuicios causados, y se le aperciba de que, en lo sucesivo, se abstenga de perturbar el derecho del dueño, con el uso de servidumbres que no existen, (1), (2).

Ejercitada indebidamente una servidumbre, dice Puig Peña (3), el propietario del inmueble, puede promover la acción negatoria de servidumbre, fundada en el principio, según el cual, la propiedad se presume libre, en tanto no se logre demostrar lo contrario.

Así como la acción revindicatoria sirve para declarar la propiedad, la acción negatoria es útil para la libertad de la propiedad (4).

La acción negatoria, dice a su vez Valver-

(1) Sánchez Román (Derecho Civil T. III, pág. 111 y siguientes, obra citada).

(2) De Diego (Instituciones de Derecho Civil. T. I, - pág. 395, Madrid 1959, obra citada).

(3) Puig Peña (Compendio de Derecho Civil, T. II, 1967).

(4) Prieto Cobos (Ejercicio de las acciones civiles, Madrid 1965, T. I. V.I. pág. 201).

de, tiene por fin, hacer que se reconozca la libertad del predio y, por ende, rechazar la servidumbre (1).

Quién desconociendo la libertad de un predio, ejercita o pretende ejercitar el contenido de -- una servidumbre, puede ser demandado por el propietario de dicho predio, a quien el derecho le atribuye -- una acción específica de defensa, denominada negatoria, dice Roca Juan, (2).

Desde un punto de vista formal, la acción -- negatoria es instrumento jurídico de que dispone el -- propietario del fundo, pretendido como sirviente, -- (fundo sirviente es un elemento esencial dentro del -- concepto de servidumbre y lo consideramos válido) -- para poner en marcha la serie de trámites que, bajo el control de la autoridad judicial, van a procurar -- le la constatación de la no existencia de un derecho de servidumbre sobre un fundo, autorizándole para -- oponerse al ejercicio de la misma por sus propios me

(1) Derecho Civil Español (Valladolid 1936. T. II, -- 4ª edición pág. 357).

(2) De las Servidumbres (Barcelona 1961. Protección -- del Derecho Real de Servidumbre, pág. 3).

dios (una vez comprobada la razón que le asiste) o -
prestándole el auxilio del poder público para lograr
lo.

Desde un punto de vista material o de con-
tenido, la acción negatoria, es el medio jurídico, -
por el que, el propietario del fundo pretendido como
sirviente, puede alcanzar el reconocimiento de la no
existencia de un derecho de servidumbre sobre su fun-
do, por no ser conforme dicho derecho con el ordena-
miento jurídico, o puede impetrar la protección que,
la autoridad judicial, haya prometido en una senten-
cia, a una determinada situación de hecho, en la que
el actor cree encontrarse.

En cuanto a la naturaleza de la acción nega-
toria, al igual que la confesoria, al ser ambas ac-
ciones propias del derecho real de servidumbre y, pa-
ra la defensa u oposición de tal derecho, no cabe du-
da, como hemos dicho, que, ambas acciones son de na-
turaleza real.

En cierto modo, como dice Roca Juan (1)-

(1) De las Servidumbres (obra citada pág. 3).

ambas acciones, confesoria y negatoria, pueden considerarse como dos aspectos de un mismo fenómeno, creando en muchos casos un nexo entre ellas, y así quién pretende la servidumbre, le puede ser negada por el sirviente, y a quién se niega la servidumbre, le puede ser probada, utilizando las vías normales del procedimiento: la demanda y la reconvención.

Para algunos autores, como Clemente de Diego y Enncerus (1) y (2), la acción negatoria, es más bien una acción nacida del dominio y para su defensa, al perturbarse con su ejercicio, la libertad de la — propiedad, si bien, cuando se promueve contra quién pretende ostentar un derecho real de servidumbre, se denomina negatoria de servidumbre, y si es contra — cualquier otra inquietación o violación de la propiedad que, no signifique el ejercicio de la servidumbre, se denomina simplemente negatoria.

En todo caso, no cabe duda de que, la diferencia fundamental de naturaleza, entre ambas acciones, confesoria y negatoria, es la de que, la primera nace del derecho de servidumbre, y la segunda del derecho de propiedad.

(1) Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas T.I. Pág. 545, obra citada).

(2) Instituciones de Derecho Civil T.I., pág. 453, — obra citada).

2.- Historia y antecedentes.- Al igual que el hablar de la acción confesoria, no es sencillo encontrar antecedentes de esta acción en pueblos anteriores a Roma.

El origen de la acepción, como decía Gaio, es el ser un vocablo, practicamente contrapuesto al de la confesoria, al denominarse "actio negativa o negatoria".

En el Derecho Romano, vimos como el Pretor, concedía una acción al propietario de un fundo, para que se le reconociera jurídicamente la servidumbre a que tenía derecho sobre dicho fundo, pues - bien, con vistas a los mismos fundamentos, se planteaba el problema similar, cuando los propietarios acudían a él, para que declarara que no había lugar a la servidumbre que, otras personas, pretendían tener sobre el fundo de su propiedad y para que, este propietario, pudiese llevar a buen término su pretensión, era necesario dotarle de una acción específica, teniendo en cuenta que, en el Derecho Romano, - cada pretensión, se ejercía por una acción propia - que, no servía, para ejercer otras pretensiones distintas, de aquellas para las que fué concebida.

Para este tipo de pretensión, el Pretor - creó en primer lugar la "vindicatio servitutis", que, más tarde, se denominó "acción negatoria", y se seguía por un procedimiento similar a la reivindicatoria.

Por lo demás y en cuanto se refiere a nuestro derecho histórico, así como al vigente Código Civil y Jurisprudencia, cabe prácticamente reproducir - lo dicho, en el mismo epígrafe relativo a la acción confesoria, ya que, la acción negatoria o negativa de servidumbre, aun no mencionada por el Código, esta - plenamente reconocida por la Jurisprudencia, conservando en el foro, la misma denominación, procedente - del Derecho Romano.

3.- Clases de acción negatoria.- Siguiendo igualmente a la doctrina italiana, podemos distinguir, como - en la acción confesoria, dos clases de acción negatoria, la "acción negatoria de afirmación" y la "acción negatoria por daños".

A) La acción negatoria de afirmación.-

a) Concepto y naturaleza.- La acción negatoria o negativa de afirmación es aquella, acción -

real, encaminada a proteger y apparar a la propiedad, contra la supuesta existencia de servidumbres, de manera que, y como hemos dicho, nace del dominio y para su defensa, si bien, cuando esta defensa se concreta, a negar una pretendida servidumbre, entonces nos encontramos ante el supuesto de esta acción.

El termino "afirmación", agregado a la denominación de negatoria, precede, como en el caso de la confesoria, de la doctrina italiana, para su mayor precisión conceptual, ya que, su propia finalidad, es la afirmación de la no existencia de la servidumbre, la "no" confesión de la servidumbre", de ahí su caracter no positivo sino negativo, basándose, ello - si, en la afirmación de libertad de la propiedad y - más concretamente en la libertad del fundo, sobre el que se pretende la existencia de la servidumbre, lo que le confiere caracter positivo.

Estudiado el concepto y naturaleza, historia y antecedentes, de la acción negatoria, la misma que, la doctrina italiana, denomina, como decimos, acción negatoria de afirmación, todo lo dicho en tal sentido, cabe reproducirlo aqui, con lo que, pasamos a analizar ahora, los problemas doctrinales, relati-

vos a la legitimación para el ejercicio de dicha -
acción.

b) Legitimación activa y pasiva de la acción -
negatoria de afirmación.-

Lo anteriormente expuesto en torno a la -
legitimación en general, procede reiterarlo, añadien-
dose específicamente cuanto sigue.

Legitimado activamente, para promover la -
acción negatoria de afirmación, lo está, el propieta-
rio del fundo, supuesto sirviente, contra quien le -
perturbe, con el ejercicio de una, igualmente supues-
ta servidumbre, al efecto de que, reconozca la liber-
tad del predio y se le prevenga que, debe abstenerse
de causar daños con el ejercicio de una servidumbre -
declarada inexistente.

Legitimada pasivamente, lo está, a su -
vez, aquella persona que, pretende ser titular de un
derecho real de servidumbre, propietario del supues-
to predio dominante.

La estrecha reciprocidad entre las accio-
nes confesoria y negatoria, hacen que, prácticamente,

sean idénticas las respectivas posiciones de sus legitimaciones y las figuras de los legitimados, y por ello, cabe afirmar, que, la legitimación activa, en la acción confesoria, resulta idéntica a la pasiva en la negatoria y, viceversa, es decir la pasiva en la confesoria idéntica a la activa en la negatoria de donde se desprende que, lo dicho de la confesoria, vale para la negatoria.

Pero esto no es todo, pues en una misma acción, ya sea la confesoria o la negatoria, la legitimación activa equivale a la pasiva, en el sentido de que, está legitimado pasivamente en la confesoria, quién se encuentra en una posición de la que resultaría legitimado también activamente, y lo mismo cabe decir de la negatoria.

La coincidencia de posiciones entre legitimados activos y legitimados pasivos de las dos opuestas acciones, se revela intuitivamente, cuando se piensa, como el actor, en la acción confesoria, tiene la finalidad de afirmar el derecho de servidumbre, lo mismo que el demandado (si quiere resistir eficazmente) en la acción negatoria. Esta coincidencia, se ve realzada de un modo más evidente todavía, por otra coincidencia, existente en orden al procedi

miento, ya que de hecho, con carácter unánime, a -- nuestro parecer totalmente correcto, la doctrina -- afirma que, en la acción negatoria, no corresponde al actor la prueba del hecho negativo de que la servidumbre no existe, sino que corresponde al demandado probar su existencia y por consiguiente, al actor de la acción negatoria, resulta que tiene la misma función que el demandado en la confesoria, y en orden a la prueba la misma carga: demostrar su derecho de propiedad sobre el fundo.

Si todo esto es exacto, como parece serlo, la coincidencia afirmada entre las recíprocas posiciones de las partes del procedimiento, en las --- opuestas acciones, resulta, al punto, demostrada, -- ya que, legitimado en la acción confesoria, está -- aquél, y solo aquél que, se encuentra con el fundo en una relación tal, que lo convierte en legitimado pasivamente en la acción negatoria y que, recíprocamente, legitimado activamente en la acción negatoria, está sólo aquél, que se encuentra legitimado -- pasivamente en la acción confesoria.

Como ya hemos dicho, exponía Roca Juan (1)

(1) "De las Servidumbres", obra citada, pág. 3.

que, ejercitada en juicio la acción negatoria, el demandado, normalmente, ejercitaría a su vez, por vía reconvenzional, la confesoria, o por el contrario, - ejercitada por el titular de la servidumbre la acción confesoria, el dueño del predio sirviente, niegue la existencia de la servidumbre ejercitando la negatoria, solicitando se declare la libertad de la finca o la libertad de su finca frente a la servidumbre - que se le pretende imponer.

B).- Supuestos doctrinales de ejercicio de la acción negatoria de afirmación.

Los supuestos doctrinales de ejercicio concreto de la acción negatoria de afirmación, son exactamente idénticos, a los examinados, al referirnos a la acción confesoria de afirmación.

En su consecuencia estarán legitimados - activamente los propietarios de los fundos, pretendidos como sirvientes, siendo en este caso válido, - igualmente, todo lo expuesto con relación a la propiedad bajo condición suspensiva, resolutoria y a - término inicial y final.

Igualmente estarán legitimados activamen

te los copropietarios sobre un fundo indiviso pretendido como sirviente, los herederos, el usufructuario, el marido administrador de la dote, el marido administrador de la sociedad de gananciales y de los bienes parafernales, y el enfiteuta, con los mismos requisitos que veíamos para la acción confesoria y asimismo también lo estarán, en los mismos términos dichos para la acción confesoria, los acreedores y poseedores y concretamente el arrendatario.

Finalmente, en forma pasiva, cualquier persona que, como tantas veces hemos dicho, pretenda tener un derecho real de servidumbre, a su favor, como propietario de un supuesto predio dominante.

C).- La acción negatoria por daños.-

a) Concepto y naturaleza.- Si la acción - negatoria de afirmación, esta encaminada a declarar la no existencia de la servidumbre, como consecuencia de reconocerse la libertad del fundo, presunto - sirviente, contra el que pretende un supuesto derecho real de servidumbre, la acción negatoria por daños, esta encaminada, a obtener la reparación del - perjuicio o daño ocasionado, por la violación producida a la propiedad, como consecuencia, del ejerci-

cio, de ese inexistente derecho de servidumbre, cualquiera que sea la forma en que consista.

Tambien, cabe reproducir en idéntica forma, lo dicho a este respecto, al tratar de la acción confesoria por daños, haciendo hincapié, en su caracter secundario y accesorio (daños y perjuicios), con respecto al principal (libertad del fundo e inexistencia por tanto de servidumbre), así como al fundamento y naturaleza de esta acción, concretada al daño o perjuicio, de donde nace, si bien, al producirse, como consecuencia del ejercicio indebido de una servidumbre, entonces esta acción de daños, es propia de la servidumbre, denominándose negatoria o negativa de daños.

b) Legitimación activa y pasiva de la acción negatoria por daños.- Esta acción por daños, referidos a los derivados por la violación de la libertad de la propiedad del fundo, pretendido como sirviente, puede interponerse contra cualquiera que, con tal violación, haga surgir el interes para actuar judicialmente, y naturalmente, se encuentra legitimado para ello, el propietario del fundo li-

bre.

Igualmente procede, por lo demás, dar -
por reproducido aquí, lo dicho, con respecto a la -
acción confesoria por daños.

VI.- OTRAS ACCIONES DE DEFENSA DE LA SERVIDUMBRE.-

Las acciones confesoria y negatoria de -
afirmación con independencia de su carácter real, -
tienen, como hemos dicho, una finalidad eminentemen-
te declarativa, de determinación de derechos: Exis-
tencia de servidumbre o libertad del fundo, y en -
consecuencia inexistencia de la servidumbre.

Pues bien, con independencia de tales accio-
nes, también puede proteger el derecho real de servi-
dumbre, en general, las acciones, denominadas inter-
dictos cuya finalidad es amparar situaciones poseso-
rias, al margen de la existencia o no del derecho con-
creto.

Ya en el Derecho Romano, se utilizaban ta-
les interdictos, que eran órdenes emanadas del Pretor,
para amparar una situación que se estimaba justa, pa-
sando con dicha denominación a nuestro derecho.

Pues bien, los interdictos, fundamentalmente los de retener y recobrar, aparte de los de obra nueva y obra ruinosas que, también pueden ser útiles, - pueden ser ejercitados por el titular de la servidumbre, para defender su derecho real, como por el propietario del predio sirviente para defender su dominio libre, frente a quien trate de perturbar el ejercicio del derecho de la servidumbre o la libertad - del fundo, respectivamente, si bien, tratándose, como se trata, de acciones, propiamente posesorias que, amparan situaciones de hecho, habrá posteriormente - que acudir al procedimiento declarativo correspondiente, es decir al ejercicio de las acciones confesoria y negatoria, al efecto de la declaración y determinación del derecho de servidumbre en concreto.

VII DERECHO POSITIVO Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LAS ACCIONES CONFESORIA Y NEGATORIA.-

1.- Regulación de ambas acciones y su naturaleza jurídica.- Como ya hemos dicho, el Código Civil Español, no hace referencia a las acciones que tutelan el derecho real de servidumbre, pero tanto - la doctrina como la Jurisprudencia, reconocen unánimemente su existencia, para conseguir la plena efectividad y protección jurídica de este derecho real.

Tambien hemos expuesto que, la practica del foro, sigue manteniendo las denominaciones tradicionales de estas acciones, específicamente protectoras del derecho real de servidumbre, pues se siguen conociendo, como en el Derecho Romano, con los nombres de "acción confesoria" y "acción negatoria".

A su vez, la Jurisprudencia, hace referencia expresa a ambas acciones, en numerosísimas sentencias, en las que, las reconoce, como las acciones propias del derecho real de servidumbre.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las acciones confesoria y negatoria, de la propia sistemática de nuestro Código, se deriva la naturaleza real del derecho de servidumbre, al estar regulado en el Libro II, bajo el epigrafe "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones", de donde se desprende que, siendo sin duda alguna la propiedad, un derecho real, el mas propio y más significativo derecho real, sus modificaciones, en este caso la servidumbre, tambien tienen que ser derechos reales.

Pero la naturaleza real del derecho de

servidumbre aparece mucho más clara en la Ley Hipotecaria, pues en dicho texto legal, concretamente - en el párrafo 1º, de su artículo 1º, se dice que: - "el Registro de la Propiedad, tiene por objeto, la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles".

Si en el Registro de la Propiedad sólo son anotables los actos y contratos relativos a los derechos reales, es evidente que, cuando el artículo 2º nos dice que, "Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre y otros cualesquiera reales", - nos está calificando evidentemente también, la naturaleza jurídica del derecho de servidumbre, como - derecho real, y por tanto, indirectamente también, la naturaleza de las acciones que protegen el derecho de servidumbre.

A mayor abundamiento, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no dejan tampoco ninguna duda a este respecto, ya que, el artículo 62 de dicha Ley, al hablar de -

las normas de competencia, nos dice en su párrafo -
3º: "En los juicios en que se ejerciten acciones -
reales sobre bienes inmuebles, será juez competente,
el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa".

Pues bien, aclarando este artículo, la -
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Noviembre -
de 1914 dice: "que ya se entiende que se ejercita -
acción negatoria de servidumbre, en la demanda pi-
diendo que una Compañía de Teléfonos levante los -
postes colocados indebidamente en una finca o que
se hace uso de la nacida de la concesión precaria -
obtenida de la dueña por la Compañía, siendo com-
petente para conocer la demanda el juez del lugar
donde la finca está sita, que es también el del en
que necesariamente el presunto contrato habrá de -
cumplirse".

De ello se deduce que, no cabe duda de -
que, nuestra Ley Rituaria y la propia Jurispruden-
cia, consideran el derecho de servidumbre y las co-
rrespondientes acciones derivadas del mismo, como
derechos y acciones, de caracter eminentemente real.

El ejercicio de la acción real confesoria

de servidumbre...." (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1862 y 26 de Noviembre de 1.864). La acción confesoria fundada en el uso de un derecho real de servidumbre desde... (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1.896). La acción negatoria de servidumbre... (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 1.882 y 21 de Enero de 1.888). Para que tenga lugar la acción negatoria derivada del derecho real de servidumbre (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Abril de 1.862). Dada la naturaleza especial de la acción negatoria de servidumbre... (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Mayo de 1.963). Ejercitándose en la demanda la clásica acción negatoria de servidumbre (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Marzo de 1.961). Se ejercitaba acción negatoria de desagüe... (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1.966). La acción negatoria de servidumbre de luces y vistas... (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1.966). Ejercitada en estos autos, la acción negatoria de servidumbres y otra confesoria, acumuladas ambas, la sentencia que da lugar a la primera sienta... (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1967). La acción negatoria de servidumbre se refiere a la existencia en el edificio.... (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1.967). La -

acción negatoria de luces y vistas... (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1967).

Finalmente, las acciones confesoria y negatoria de naturaleza eminentemente real, tienen una finalidad expresamente declarativa, encaminadas a la determinación de un derecho: existencia de la servidumbre (la confesoria) o libertad del fundo (la negatoria).

2.1 Contenido de las acciones confesoria y negatoria.- La determinación del contenido de estas acciones es sencillo, puesto que, nos basta, para ello, con ver cuales son los derechos y obligaciones de los propietarios de los fundos dominante y sirviente, ello no obstante, no hay ningún artículo específico, en nuestro derecho positivo, que nos diga de un modo claro y terminante, cual puede ser el contenido de estas acciones. Vamos simplemente, a enumerar, las facultades que el Código Civil concede a los propietarios mencionados, en la creencia de que, son estas facultades, las que, se pueden obtener, ante los tribunales, por medio de las dos acciones que estamos estudiando.

Ante todo, creemos que es necesario pre-

cisar, aunque ello sea lógico, que el contenido primordial de la acción confesoria, será el intentar el reconocimiento judicial, válido "erga omnes", de una servidumbre, que se dice existe, a favor del fundo dominante, y que, recae sobre el fundo sirviente.

Igualmente el contenido de la acción negatoria es, ante todo, intentar el reconocimiento judicial de la inexistencia de una servidumbre que se pretende recae sobre el fundo sirviente a favor del dominante.

Pero con independencia de este contenido fundamental, creemos que, del articulado de nuestro Código Civil, se puede deducir un contenido para ambas acciones, que podríamos llamar secundario y que es el que vamos a intentar delimitar seguidamente.

El artículo 543 del Código Civil nos dice que "el dueño del predio dominante puede hacer a su costa, en el predio sirviente, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa".

De aquí se deduce que el contenido de la -

acción confesoria puede ser, además de la declaración de la existencia de una servidumbre, el reconocimiento judicial del derecho que le concede este artículo; y el contenido de la acción negatoria, además de la negación de la existencia de la servidumbre, el reconocimiento judicial de la no existencia del derecho establecido por este artículo.

El artículo 545, a su vez, nos dice que "el dueño del predio sirviente no puede menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida". Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida para el uso de la servidumbre llegara esta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente o le privase de hacer en ella obras, reparaciones o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o al que tenga derecho de uso de la servidumbre".

Evidentemente los derechos reconocidos en este artículo, forman también el contenido de una posible acción confesoria o negatoria, según -

los casos.

No establece nuestro Código Civil más derechos ni obligaciones específicas del propietario del fundo dominante y del fundo sirviente, pero no podemos terminar el estudio del contenido, sin decir, que, se comprende dentro del ejercicio de la acción confesoria, la reclamación por daños y perjuicios producidos al propietario del fundo dominante, por la negativa injustificada, del propietario del fundo sirviente, al ejercicio pacífico de la servidumbre, lo que la doctrina italiana denomina, como hemos visto, acción confesoria por daños.

Igualmente, y dentro del contenido de la acción negatoria, se comprende, la reclamación por daños y perjuicios producidos al propietario del fundo sirviente, por el ejercicio indebido de un derecho de servidumbre contra su voluntad, lo que igualmente la doctrina italiana, según vimos, denomina acción negatoria para daños.

3.- Efectos de ambas acciones.- Nada especial se puede decir con respecto a los efectos que producen estas acciones, puesto que, son los efectos

que se producen en todas las acciones de nuestro derecho positivo. En principio, una sentencia favorable, en una acción confesoria, produce el efecto de conseguir un título, por el que se reconoce la existencia de una servidumbre sobre un fundo determinado.

El efecto de la acción negatoria con sentencia favorable será el contrario, la existencia de una declaración judicial que afirma la inexistencia de una servidumbre sobre un fundo a favor de otro, y que dará derecho al que ha obtenido esta sentencia, a oponerse a que se haga uso indebidamente de esta servidumbre.

Las sentencias firmes, gozan, como las demás pronunciadas por la autoridad judicial, del efecto de cosa juzgada, con todas las consecuencias que la Ley de Enjuiciamiento Civil hace derivar.

Finalmente, nada especial se puede decir sobre las costas del procedimiento, como ultimo efecto de dichas acciones, ya que, se sigue, sobre tal materia, las normas establecidas con carácter general, en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, sin presentar especialidad alguna, es decir en base del principio de existencia o no existencia de temeridad

en el ejercicio de cada una de estas acciones.

4.- Jurisdicción, Competencia y Procedi-
miento, en el ejercicio de las acciones confesoria
y negatoria.-

Los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria, son los únicos competentes, para conocer de - los procedimientos sobre existencia o inexistencia de servidumbres, ejercitando las acciones confesoria y negatoria, según los Decretos decisorios de competencia que se citan (1) y sentencias del Tribunal Supremo de 31 Marzo 1952 y 27 Noviembre 1965.

La competencia territorial, dentro de la Jurisdicción civil ordinaria, corresponde al Juez - del lugar en que este sita la cosa litigiosa, ya - que, en efecto, el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos dice que: "fuera de los casos - de sumisión expresa o tácita, de que tratan los artículos anteriores, se seguirán las siguientes re-

(1) Decretos decisorios de competencia de 8 de Noviembre de 1.888; 22 de Marzo de 1.899, 24 de Marzo - de 1.911; y 20 de Abril y 30 de Septiembre de - 1.933.

glas de competencia: ... 3º.- En los juicios en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles, será Juez competente el del lugar en que esté sita - la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles, o sobre una sola que - este situada en diferentes jurisdicciones, será - Juez competente, el de cualquiera de los lugares en cuya jurisdicción estén sitos los bienes, a elección del demandante."

Se deriva claramente de este precepto que, - solamente es Juez competente, salvo pacto en contra- rio, el Juez del lugar donde esté situado el fundo, sobre el que se pretende que recaea una servidumbre - o del que se intente negar la existencia de una ser- vidumbre.

Esto es evidente, dado que, la servidumbre, solo puede recaer sobre bienes inmuebles, y tenien- do en cuenta, además, la naturaleza real de las - acciones confesoria y negatoria.

En cuanto al tipo de procedimiento que co- rresponda, cuando se ejerciten estas acciones, en - este punto se siguen las reglas generales de proce-

dimiento, establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, dependiendo de la cuantía y valor de la servidumbre.

A tenor del artículo 489, núm. 5 de la Ley Procesal Civil, las acciones confesoria y negativa de las servidumbres, deberán ventilarse en el juicio declarativo que a su cuantía corresponda, calculándose ésta, por el precio de adquisición de la servidumbre, si costare, y cuando no pueda determinarse la cuantía objeto del pleito, conforme a las reglas del artículo 489, se expresará en la misma demanda, la clase de juicio en que haya de ventilarse, según el artículo 490 de la misma Ley.

Si este juicio, es el mayor o menor cuantía, entonces la competencia jerárquica, para conocer del procedimiento, corresponde a los Jueces de 1ª Instancia, y si es el de cognición o el verbal, a los Juzgados Municipales o Comarcales, o a los de Paz con arreglo a los trámites de procedimiento de las respectivas juicios.

5.- Legitimación activa y pasiva de las -

acciones confesoria y negatoria, en diversos supuestos concretos de ejercicio.-

A) El Propietario del fundo dominante y el del sirviente.- Es evidente que, los primeros legitimados, para defender el derecho de servidumbre, son los propietarios del fundo dominante y del sirviente.

El artículo 564 del Código Civil, establece "que el propietario de una finca o heredad, - enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización", y la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de Marzo de 1922, interpretando este precepto, determina que, no es preciso que no haya salida o camino público, bastando que, este sea peligroso, difícil o insuficiente, para que, el propietario, tenga derecho a exigir el paso por las heredades vecinas, creando la correspondiente servidumbre, previa la indemnización que proceda.

De este artículo, se desprende, que los propietarios de los fundos, están perfectamente legitimados para actuar y promover la correspon -

diente acción, tanto la confesoria como la negatoria, lo que así se estableció ya en el Digesto (1), donde se decía que, la acción confesoria, no correspondía mas que al dueño del predio dominante.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime en tal sentido, y así, la Sentencia de 9 de Febrero de 1.927, establece, "que ha de justificar la cualidad de dueño, quien trate de mantener o negar el derecho de servidumbre"; las de 30 de Diciembre de 1.882 y 21 de Enero de 1.883, consignan, - "que la acción negatoria de servidumbre solo puede utilizarla el que sea dueño; la de 19 de Octubre de 1.912, "que es fundamental que se justifique el derecho de propiedad sobre el terreno afectado y la de 10 de Marzo de 1.958, "que el dominio sobre el terreno es supuesto implícito y requisito necesario de la acción negatoria ejercitada".

Del artículo 564 del Código Civil, así como de la Jurisprudencia citada, podría entenderse que, solo y exclusivamente los propietarios de los fundos, estaban legitimados para ejercitar las

(1) Libro VIII, Título V. Ley 2ª, párrafo 1º.

acciones confesoria y negatoria, ello no obstante, -
puede haber otras personas que, como hemos examinado
en la doctrina, pueden ejercitar tales acciones aun-
que no sean propietarios puros.

B) El Propietario sujeto a condición o a -
término. Nada en concreto dice nuestro Código Civil,
sobre la posibilidad de dicho propietario, con res-
pecto al ejercicio de las acciones confesoria y ne-
gatoria.

Unicamente podemos encontrar el artículo
1.121 del Código Civil que, nos dice, "que el acre-
dor puede, antes del cumplimiento de las condicio-
nes, ejercitar las acciones procedentes para la -
conservación de su derecho".

De aqui, podemos sacar la conclusión de -
que, el propietario, sometido a condición, puede -
evidentemente ejercitar las acciones confesoria y -
negatoria, dado que, la existencia o no existencia
de la servidumbre, afecta evidentemente a la buena
conservación de su derecho, como al acreedor, pues
el propietario sujeto a condición, puede en su día
devenir en autentico propietario y, por lo tanto, -

creemos que tiene superior derecho al acreedor, si bien como éste, y para el ejercicio de tales acciones, ha de actuar en sustitución del propietario actual, si por indolencia o pasividad del mismo éste no lo hiciera, pudiendo sobrevenir un daño irreparable, como por ejemplo podría ser, la pérdida de la servidumbre o la creación de la misma.

Esto desde luego, por lo que se refiera al propietario sujeto a condición suspensiva, pues como decíamos al examinar los problemas doctrinales en torno a este punto, el propietario sujeto a condición resolutoria, puede sin duda alguna, a nuestro juicio, ejercitar y, de modo directo, las acciones confesoria y negatoria de las servidumbres, pues ha de tenerse en cuenta que, el propietario bajo condición resolutoria, es autentico propietario actual, hasta el punto de que, y como tambien decíamos, puede constituir servidumbres sobre la finca, aunque como su derecho de propiedad está en suspenso por la condición, la servidumbre se extinguiría con la resolución o anulación del derecho del constituyente.

En cuanto al propietario a término, tampoco existe en el Código norma alguna al respecto, y -

solamente la aplicación analógica del artículo 1.121, antes citado, nos puede servir, para considerar a éste propietario, como legitimado, para el ejercicio de la acción confesoria y de la negatoria, pero legitimado, en sustrucción del propietario actual, como en el caso del acreedor y del propietario bajo condición suspensiva, refiriéndonos desde luego al propietario a término inicial, ya que, el caso del propietario a término final, como se entiende doctrinalmente, es semejante al del propietario bajo condición resolutoria y, en tal sentido, estaría legitimado para el ejercicio de las acciones de la servidumbre, por sí mismo y de modo directo.

Finalmente, es de interés referirnos al artículo 1.120 del Código que establece, "que los efectos de la condición de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella" y que "en las obligaciones de hacer y de no hacer, los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida". Dicho precepto nos es muy útil, a efectos de ver la regulación positiva, con respecto a la eficacia de la cosa juzgada que, con tanto detenimiento, estudiamos en la exposición doctrinal de la legitimación en las

acciones confesoria y negatoria, ya que, por este artículo, queda plenamente confirmada, la teoría que allí mantuvimos. A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1947, nos dice que, la extinción del vínculo creado, "pendente conditionis", opera en el mismo momento en el que la condición se realisa, como efecto que necesariamente deriva de la naturaleza del negocio jurídico condicional, de tal suerte que, si este efecto se desconoce por alguno de los contratantes, y surge la contienda judicial, en la que se declara cumplida o realizada la condición, se entiende perdido el derecho por ella afectado, en el instante en que el cumplimiento de aquella se haya producido.

C) El Ocupante.-

La posibilidad de adquirir servidumbres por ocupación, esta muy limitada en nuestro derecho positivo, por las razones que vamos a exponer a continuación.

El Código Civil, reconoce en su artículo - 610 y siguientes a la ocupación, como modo específico de adquirir la propiedad sobre bienes, muebles e inmuebles. La servidumbre siempre recae sobre bienes

inmuebles y, por lo tanto, en principio, parece que, la posibilidad de adquirir por ocupación un fundo que tuviera a su favor una servidumbre sobre otro fundo, no debe ser, a priori, descartada. Pero en nuestro derecho, al igual que en otros muchos derechos que se derivan del Derecho Romano, existe la Ley de Bienes Mostrencos, de 9 de marzo de 1835, en la cual, se reconoce el derecho del Estado, a la propiedad de todos los bienes inmuebles que estén abandonados. De aquí, parece deducirse que, evidentemente, nunca se puede adquirir la propiedad sobre bienes inmuebles por ocupación y, por tanto, nó cabe tampoco la existencia de un propietario en estas circunstancias que, pueda estar legitimado para el ejercicio de la acción confesoria o negatoria.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1909 declaró, que el derecho del Estado a los Bienes Mostrencos, se funda, en corresponderle como representante de la autoridad social, pero, frente a ello, la Resolución de 8 de julio de 1920, dice que, sobre ocupación de bienes inmuebles, la Ley de Bienes Mostrencos, no nos hace deducir, la imposibilidad de que, los particulares, tomen posesión con efecto adquisitivo de las fincas abandonadas, porque con-

cede al Estado, más bien que un derecho de dominio, - una facultad de apropiación, protegida por una acción reivindicatoria, con arreglo a las leyes comunes y - con cargo a una prueba de no ser el dueño poseedor o detentador, provisto de una acción petitoria de la - posesión real corporal ante el juez competente y subordinado a la prescripción con arreglo a las leyes - comunes, y que tampoco del silencio del Código Civil, se puede derivar una seria argumentación, puesto que, el artículo 336 de dicho Código Civil, no contradice la existencia de la cosa sin dueño, y el 610 del mismo cuerpo legal admite la posibilidad de ocupación de los bienes apropiables por su naturaleza.

De aquí parece deducirse que, en algunas - ocasiones, sería posible la adquisición que nos ocupa, no obstante hemos de reconocer que, no existe en nuestro derecho positivo relativo a la servidumbre, - ninguna norma que nos diga claramente que, la servidumbre pueda ser adquirida por medio de la ocupación, siendo la opinión doctrinal contraria, puesto que, y como vimos, si la servidumbre es un derecho autónomo, pero dependiente, en cuanto a su existencia, de un - derecho de propiedad, la extinción de la propiedad, - extingue el derecho de servidumbre, de manera que, podrán reestructurarse nuevos y distintos derechos de -

propiedad, así como servidumbres, sobre la misma cosa, pero no serían los mismos ya extinguidos.

D) El Usucapiente.- La posibilidad de adquirir servidumbres por ~~usufructo~~ ~~usufructo~~ en nuestro derecho positivo, está reconocida a través de la figura de la prescripción en el artículo 537 del Código Civil. En dicho artículo, se nos dice claramente, que, "las servidumbres continuas y aparentes, se adquieren en virtud de título o por prescripción de veinte años". Para hacer todavía más eficaz la declaración de este artículo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 1940 nos advierte: "aunque en la escritura de venta se diga que se vende una cosa sin gravamen, y así conste en el Registro, si realmente existe y era tan ostensible, como un alero de tejado que vierte las aguas pluviales en el predio del comprador, pudo adquirir dicha servidumbre por prescripción el dueño del dominante".

Además el artículo 538 del Código Civil dice que: "para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior, el tiempo se contará, en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya -

aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiere prohibido, por un acto formal, al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre".

Con esto, vemos claramente, como el Código Civil, reconoce la posibilidad de adquirir servidumbres, a través de la usucapión o prescripción adquisitiva, pero esto no es válido para todo tipo de servidumbre, y el propio artículo 540 de dicho Cuerpo legal declara, que, "la falta de título constitutivo, de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme".

Finalmente, cabe exponer, que, la tesis - que sostuvimos al hablar en la exposición doctrinal de la usucapión, es perfectamente aplicable, según nuestro derecho positivo, aunque, sólo lo sea, a efectos de un determinado tipo de servidumbres. Todavía y para comprender más lo que dijimos en aquel lugar, bueno será aludir al artículo 541 del Código que dice: "la existencia de un signo aparente de -

servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenase una, como título para que la servidumbre continúe activa o pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura".

Este artículo establece una singular manera de constituirse una servidumbre predial aparente, conocida con la denominación de "determinación o destino del padre de familia" mediante la concurrencia de los siguientes requisitos a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1.959:

1ª.- Dos fundos pertenecientes a un solo propietario.

2ª.- Un estado de hecho, del cual resulte, por signos visibles y evidentes que, un fundo presta al otro, un servicio determinante de una servidumbre como si cualquiera de tales fundos perteneciera a distinto dueño.

3ª.- Que estos signos demostrativos de la servidumbre, fueran establecidas por el dueño común, y

4ª.- Que uno de los fundos sea enajenado, estando subsistentes esos signos, es decir, sin haberlos hecho desaparecer con anterioridad o sin pactar algo sobre la subsistencia de tal servidumbre.

Pues bien, en esta sentencia, vemos que - el que adquiere una servidumbre por este título aparente, está perfectamente legitimado para el ejercicio de la acción confesoria, y es más, la Sentencia - de 4 de julio de 1925, también del Tribunal Supremo, afirma igualmente que, la existencia de signos aparentes, es bastante para demostrar las servidumbres, sin necesidad de que se haga constar esa existencia en - los documentos escritos del inmueble, ni tampoco al - inscribirlo, bastando tal existencia, para que, perdure la servidumbre en los inmuebles, al separarlos del común dominio de quien, con derecho, la impuso.

B).- El Copropietario.- Las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1900 y 13 de - Enero de 1913, establecen que, puede cualquier condueño, reclamar el disfrute de servidumbre, a favor de - una finca común, ejercitando la acción confesoria, y

las Sentencias de 28 de Junio de 1.897 y 17 de Noviembre de 1.930, consignan que, corresponde ejercitar la acción negatoria, a cualquiera de los condueños de la cosa, sobre la cual se pretende imponer el gravamen.

De otra parte, también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, admite que, pueda cualquiera de los condueños, entablar la acción revindicatoria, en beneficio de todos (S.S. de 6 de Abril de 1896 y 5 de Junio de 1.918 entre otras), nó si lo hace para si solamente, sin citar a los demás condueños (S.S. de 17 de Junio de 1.927; 30 de Mayo de 1906; 5 de Junio de 1918; 4 de Abril de 1921 y 18 de Diciembre de 1.933 entre otras) y finalmente la especifica Sentencia de 27 de Octubre de 1.900, dice que, cualquiera de los condueños puede entablar la acción negatoria de servidumbre en beneficio de la cosa común.

En consecuencia con lo expuesto, no cabe duda de que, aunque el Código expresamente no lo establezca, el copropietario o condueño, puede entablar las acciones confesoria y negatoria de la servidumbre, siempre que, las ejercite en beneficio de todos los condueños, es decir, de la comunidad, y nó si lo hace para si solamente, sin citar a los demás copropietarios.

F) El Usufructuario.- La figura del usufructo, es aquella que, en relación a la materia que estamos tratando, se encuentra, probablemente, mejor regulada en nuestro Código Civil. En efecto, en un cierto número de artículos de dicho Cuerpo Legal, se reconoce de una manera directa, o bien de una manera indirecta, la legitimación del usufructuario para ejercitar las acciones confesoria y negatoria. Lo mismo cabe decir, con respecto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que, existen sentencias, en las que, de una manera clara, se reconoce esta legitimación.

Antes de pasar a la legitimación propiamente dicha para reclamar o negar la existencia de una servidumbre, vamos a examinar un artículo que, indirectamente, nos muestra la forma de pensar de nuestro legislador respecto a este problema.

Dicho artículo es el 486 del Código Civil y en él, se nos dice que "el usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción

adquiriese la cosa reclamada, el usufructo, se limitará a solo los frutos, quedando el dominio para el propietario".

En los usufructos universales, el derecho recae sobre todo cuanto existe en la universalidad y, por tanto, sobre las acciones, y el usufructuario tendrá el derecho de ejercitarlas y obligar al propietario a que le ceda su representación y le facilite los medios de prueba de que pueda disponer, no pudiendo el propietario eludir esta obligación.

El espíritu de este precepto, nos indica claramente, como el legislador español, considera, en principio, que el usufructuario puede, en defecto del propietario, actuar en las acciones confesoria y negatoria.

De un modo indirecto, este mismo espíritu viene a demostrarnos el artículo 507 del mismo cuerpo legal, ya que en él se nos dice que "El usufructuario podrá reclamar para sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diera la fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituir la, o la

constituída no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez, en su defecto, para cobrar dichos créditos". Naturalmente que este artículo se refiere a la posibilidad de legitimar al usufructuario en una acción típicamente personal, pero esto ya nos indica que, al igual que ocurría en el artículo que anteriormente mencionamos, el espíritu del legislador es defender la posibilidad de que el usufructuario actúe en las acciones que corresponderían al propietario, en caso de no hacerlo éste.

La autorización judicial puede reclamarse, siempre que no pueda obtenerse del propietario, por incapacidad de éste o por ser desconocido o ignorado su paradero y es más, en caso de negarse el propietario a dar su consentimiento, parece ser que la mayoría de la doctrina española, se inclina a la procedencia, en estos casos, de acudir al Juez, ya que, - el derecho sobre el crédito, pertenece no sólo al propietario, sino también al usufructuario.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Julio de 1913, nos indica que, para que el usufructuario de una hipoteca, pueda cancelarla cuando se pagó el capital que aseguraba, es precisa la in-

intervención judicial, si no prestó fianza ni estaba dispensado de prestarla. En esta sentencia, se vuelve a ver la posibilidad del usufructuario en cuanto a la legitimación para el ejercicio de las acciones reales.

No obstante, el artículo definitivo a este respecto, es el 511 del Código Civil, que dice textualmente: "El usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubiesen sido ocasionados por su culpa."

No nos dice el artículo con claridad expresa que el usufructuario pueda ejercitar estas acciones, necesarias para proteger a la propiedad de los actos dañosos de un tercero, en defecto del propietario, únicamente nos indica la obligación que tiene de poner en conocimiento del propietario dichos daños y de responder en el caso de que no lo haga.

El emplear la frase del derecho de pre-

piedad, y no la de nuda propiedad, se presta a confusiones, y como además, por corresponder al usufructuario, por regla general, la posesión, es muy difícil separar lo que solo incumbe al propietario de lo que puede hacer por sí mismo el usufructuario, el precepto del artículo 511, hay que darle alguna extensión mayor, de la que aparentemente representa. (El artículo 2.240 del Código Civil portugués habla de derechos del propietario, y lo mismo el artículo 1.034 del Código Civil de México).

Las Partidas (1) dícian que: "aviendo algúna cosa el usufruto en campo, ó en huerta, ó en otro lugar ageno: si alguno que non fuesse señor de aquella cosa comenccase alguna lauor nuevamente en ella, aquel que deue auer el usufruto bien lo pueda vedar que non labre y más. Esso mismo puede fazer el que lo tuuiesse a peños, ó a feudo, ó á censo: ó como quier que puede fazer este vedamiento al extraño, non lo puede fazer al señor del suelo; pero puedele demandar que le mejore ese todo el menoscabo que le auino en el usufruto por razón de aquella lauor que comenco y neuamente, ó si es tenido de lo fazer".

(1) Ley 4ª, Título 32, Partida 3ª.

Puede ser fácil separar los derechos de - - nuda propiedad y de usufructo y deducir de esta separación las acciones que de esos derechos se derivan, más como uno y otro derechos, componen el de dominio, y los actos de un tercero, por de pronto sólo afectarán a la posesión, y la posesión en circunstancias - normales, corresponde al usufructuario, éste puede - obrar directamente contra el tercero sin necesidad - de acudir al nudo propietario.

Que A le priva de la posesión de una finca; que B pretende pasar por ella; que C intenta verter algo sobre su heredad; que D siembra una porción de terreno, o que introduce un ganado, o intenta recoger o recoge los frutos, etc., el usufructuario es - perturbado en su posesión, y en base al art. 446, -- puede por sí mismo interponer los interdictos, siendo esta opinión de Manresa, (1).

Pero dicho autor va más lejos, y dice, que, puesto que la posesión de buena fé en los bienes muebles equivale a título, cabe que haya de intentarse - una acción reivindicatoria en armonía con el artículo 464, cabe también que, pasado un año desde la pertur-

(1) Comentarios al Código Civil Español (obra citada pág. 703).

bación, no pueda el usufructuario reclamar del tercero bienes inmuebles, cosa que sólo sobrevendrá por su culpa; cabe que se suscite una cuestión de derecho no relativo al usufructo sino a la propiedad; y cabe por tanto, que el usufructuario carezca de personalidad para efectuar dicha reclamación. Desde luego que, en estos casos, habrá de avisarse al nudo propietario, en virtud del artículo 511, pero como - en rigor, el mismo usufructo, ha de volver a dicho nudo propietario, y éste se haya también interesado en la defensa de la posesión, estimamos que, aun cuando los actos del tercero sólo lesionen la posesión en cuanto a la cosa, debe el usufructuario, poner aquellos actos en conocimiento del dueño, tratando así de velar, como un buen padre de familia, por los bienes que disfruta y cuyos derechos representa.

La misma doctrina relativa al usufructuario y su legitimación con respecto a las dos acciones - que estamos estudiando, se mantiene también por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así la Sentencia de dicho alto Tribunal de 22 de Octubre de 1902 declara; "Que el artículo 511 no niega al mero usufructuario el derecho de ejercitar la acción negativa de servidumbre sobre una finca usufructuada, no cabe racionalmente negarle tal derecho que trata de

impedir una limitación que afecta al usufructo; pero aunque así no fuese, no habría más remedio que concederle el ejercicio de esa acción, en el caso de no ser conocida la persona del nudo propietario y ser, por tanto, imposible el aviso a que dicho artículo se refiere". No cabe la menor duda, de cual es la opinión de nuestro más Alto Tribunal, en lo que se refiere a la legitimación del usufructuario en la acción negatoria; éste, está legitimado, siempre que no actúe debidamente el propietario.

La misma opinión sostiene nuestro Tribunal Supremo con respecto a la acción confesoria, - de ello nos dá una prueba evidente la Sentencia de 4 de junio de 1947 que dice: "Que no se infringe el artículo 511 del Código Civil, al reconocer al usufructuario acción, para reclamar la restitución de las servidumbres, discutidas en pleito, en primer lugar porque en ese artículo no se establece la prohibición legal de alegarla el usufructuario, y - además, porque tiene interés indiscutible en mantener en su provecho la cosa usufrutuada, en el mismo estado en que es recibida, y para huir de las responsabilidades en las leyes establecidas, por los daños que pueda sufrir por su abandono, y en segundo término, porque en el caso concreto debatido, -

no conduciría a nada práctico su estimación, puesto que la acción no la ejercita solamente el usufructuario, sino en unión de los nudos propietarios y - que por sí solos mantendrían viva la acción".

Puede el usufructuario de un inmueble, - facultado con ciertas limitaciones para designar legatario en propiedad, ejercitar la acción negatoria de servidumbre (Sentencia T.S. de 7 de Junio de 1958), y es condición de la acción negatoria de servidumbre, en función legitimadora, la de ser titular de un derecho real sobre el pretendido fundo sirviente - dominio, usufructo, posesión en concepto de dueño - - que resulte afectado indebidamente por el gravamen, dice la Sentencia de la Audiencia Territorial de La -Coruña, de 13 de Julio de 1.961.

Si en varias ocasiones fué difícil establecer una separación entre el nudo propietario y - el usufructuario, y en otras ocasiones se confundieron sus facultades respectivas, podemos ver ahora - claramente, como nuestro Tribunal Supremo, es partidario de la legitimación del usufructuario, siempre que, el propietario, no ejercite el derecho que le corresponde, y esto, no quiere decir que no exista

la obligación, por parte del usufructuario, de avisar al nudo propietario.

A mayor abundamiento, el art. 511, como antes hemos visto, contiene la cláusula de la responsabilidad por los daños y perjuicios que, sobrevengan, por no haber avisado al propietario, de donde se deduce que, si este aviso fué imposible, dicha responsabilidad se extenderá también a los casos en que, - no se acudió en defensa de aquél, cuando aquél no pudo defender, por causas que le eran imputables.

Este artículo concuerda con los artículos similares de los Códigos Civiles de Francia, Italia, Holanda, Guatemala, Venezuela, Bolivia, etc.

Por último, el art. 512 de nuestro Código Civil, establece que: "Serán de cuenta del usufructuario los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo", y se deduce de este artículo que, el usufructuario, tiene que abonar todos los gastos que se deduzcan de un procedimiento - que verse sobre el usufructo y puesto que el usufructuario debe de abonar estos gastos, se deduce que, - podrá, en determinados casos, ostentar la legítima-

ción en estos procedimientos. Ahora bien, la opinión de algunos autores en este sentido, es que, solamente los gastos que se deducen del propio derecho de usufructo, y no de aquel derecho que afecta a la nuda propiedad; son los que debe pagar el usufructuario; (1) y quizá esta, sea la tesis más en consonancia con el párrafo del art. 511, que obliga a dar cuenta de estos actos al propietario, lo que nos indica una vez más, cual es el espíritu de nuestra legislación a este respecto.

Concluyamos, por fin, asegurando, que, el usufructuario, está legitimado, tanto activa como pasivamente, para ejercitar las acciones confesoria y negatoria, siempre que, tras haber dado aviso al propietario, éste no actué debidamente o simplemente que sea imposible dar este aviso al propietario y en el mismo sentido cabría decir también, que lo están el usuario y el habitacionista.

G) El marido respecto al fundo dotal.- El art. 1357 del Código Civil, establece que, "el marido, es administrador de los bienes que constituyan la dote inestimada, con los derechos y obligaciones

(1) Albadalejo (Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Cosas, pág. 339).

nes anejos a la administración y al usufructo, salvo - las modificaciones expresadas en los artículos siguientes".

De este precepto, se deduce, que, el marido, está legitimado para ejercitar las acciones confesoria y negatoria de la servidumbre, sobre un fundo dotal, - aunque dicha dote sea inestimada, nó ya como administrador de la misma, sino incluso como usufructuario en los términos ya examinados correspondientes al titular de este derecho real.

Por lo que se refiere a la dote estimada, - la cuestión es clarísima, ya que, el párrafo 2º, del artículo 1.346, nos dice "que los bienes que la constituyen, pasarán a ser propiedad del marido, quedando éste obligado a restituir su importe", y si recae sobre el marido la propiedad de la dote estimada, recaerán - sobre él igualmente, todas las facultades que corresponden al propietario sobre sus bienes, entre otras, - las de promover las acciones propias del dominio y las de la servidumbre, concretamente la confesoria o negatoria, en sentido positivo o negativo.

Todo lo dicho, siempre que, naturalmente, -

concurran la totalidad de requisitos, exigidos por el Código Civil, para la debida constitución de la dote y dejando a salvo, aquellos casos, en que, el marido, está sometido a tutela de su mujer, o de una tercera persona, así como cuando el marido sea menor de edad.

H).- El Marido respecto al fundo parafernial.-

Dice el artículo 1.383 del Código Civil, que "el marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase, respecto a los bienes parafernales, sin intervención o consentimiento de su mujer." Por otra parte, el artículo 1.384 establece que, "la mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiera entregado al marido ante notario con intención de que los administrase" y en este caso, añade dicho precepto "el marido estará obligado a constituir hipoteca o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales."

De aquí se deduce que, evidentemente, la mujer está legitimada para el ejercicio de las acciones posesoria y negatoria cuando se trate de un fundo parafernial salvo que, haya entregado la administración al marido. Sin embargo, debemos tener en cuenta, a este

respecto, el artículo 1.387, del propio Código, que, nos dice, "que la mujer no puede, sin licencia de su marido, enajenar, gravar o hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, a menos - que sea judicialmente habilitada al efecto".

Es precisa pues, la licencia marital o en su defecto la habilitación judicial, para que la mujer, pueda estar legitimada en el ejercicio de las acciones confesoria y negatoria sobre bienes parafernales, habilitación que habrá de completarse, con la debida licencia - del tutor si, además, la mujer es menor de edad, según - se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1904 y de 19 de Junio de 1906. Ello no obstante la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de - 1928, nos dice, que "este precepto debe interpretarse restrictivamente, por lo cual, lo que no sea gravar, enajenar o hipotecar, puede hacerlo la mujer, de donde se sigue que, puede otorgar los contratos derivados de la administración de su caudal.

En consecuencia, no cabe duda de que, en principio la mujer puede estar legitimada para el ejercicio de estas acciones, siempre con las limitaciones impuestas en el artículo 1.387 del Código Civil.

I).- El Marido respecto al fondo ganancial.-

El Código Civil establece en su artículo 1.412, que - "El marido es el administrador de la sociedad de ga-

nanciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59". De otra parte, el artículo 59 especifica que "el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384. Si fuese menor de dieciocho años, no puede administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre; y a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas. En ningún caso, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces."

De lo dicho se desprende que, el marido, es, evidentemente, el que estará legitimado para actuar, en el caso de estas dos acciones, cuando se trate de reconocer o negar una servidumbre sobre bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales. Siguiendo esta misma opinión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 1929, nos dice, que, atendiendo las facultades que este artículo y el 1.415 conceden al marido, forzoso es reconocer que, para reclamar en juicio bienes de la clase expresada, no necesita obrar en nombre de su mujer". No es obstáculo, al

reconocimiento del derecho, el artículo 59 antes mencionado ya que en este artículo, se vuelve a reconocer al marido, la facultad para la administración de los bienes de la sociedad conyugal, si bien se limita su facultad de administración y la de comparecer en juicio, (dentro de dicha facultad está comprendida la legitimación para actuar en los dos tipos de acciones que estamos estudiando), cuando es menor de edad, pero no, cuando está en pleno uso, de la capacidad de obrar o de ejercicio.

Por otra parte, es evidente que, en la facultad de administración que el artículo 1.412 del Código Civil reconoce al marido, está también comprendida la facultad de acudir a los Tribunales, por lo que, en definitiva, cuando el marido, es administrador de la sociedad conyugal, puede legítimamente defender los derechos de servidumbre que recaigan sobre dichos bienes, o, en su caso negarlos, otra cosa sería en el caso de que la mujer, por establecimiento legal o por incapacidad del marido, se convierta en administradora de la sociedad de gananciales, en cuyo supuesto, sería evidentemente la mujer, la única que estaría legitimada para acudir a los Tribunales y por

tante para la defensa o negación del derecho de servidumbre. El artículo 1.442 del Código Civil, nos dice que, "la mujer en quién recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, idénticas facultades y responsabilidades que el marido cuando la ejerce; pero siempre con sujeción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.441 y al artículo 1.444. Después de enumerarnos el artículo 1.441 todos los casos en los que la administración se confiere a la mujer, nos dice simplemente que, los Tribunales, conferirán también la administración a la mujer, con las limitaciones - que se estimen convenientes, si el marido estuviere prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o si, hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiera proveído sobre ella, sin que, ninguna limitación relativa a la comparecencia en juicio, se establezca en dicho precepto.

De lo dicho, y, sin querer entrar en las discusiones que, sobre la capacidad se pueden suscitarse en este caso, es evidente que, tanto el marido - como la mujer, cuando son administradores de la sociedad legal de gananciales, pueden acudir a juicio,

y se dice que, estan legitimados para actuar siempre -
que se trate del derecho de servidumbre y por ende -
de las acciones confesoria y negatoria.

J) El Enfitauta.- El Código Civil, regula
el censo enfiteutico, en el Capítulo II, del Título -
VII, del Libro IV, en los articulos 1.628 a 1.654 y -
en ninguno de ellos, aparece disposición alguna sobre
las facultades del enfiteuta, con respecto a la recla
mación o negación de la servidumbre.

Es evidente que, el derecho del enfiteuta -
en términos generales, es superior al del usufructa -
rio y ya vimos al hablar del usufructuario que, esta -
ba legitimado para demandar y ser demandado en ambos
tipos de acciones, y no vemos ninguna razón, por la -
que, el enfiteuta no deba tener estas mismas faculta -
des, es más, nos atreveriamos a decir, que, el enfi -
teuta, puede llegar a tener estas facultades por sí -
mismo y sin necesidad de dar aviso del hecho al pro -
pietario.

El artículo 1635 del Código Civil, nos -
dice, "que el enfiteuta podrá donar o permutar libre -
mente la finca, poniéndolo en conocimiento del dueño

directo", el artículo 1636 "que corresponden recíprocamente al dueño directo (propietario) y al útil (enfiteuta), el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica". Por su parte, el artículo 1638 en su párrafo 1º nos dice que, "el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y sus accesiones", y en el siguiente párrafo que, tiene el mismo derecho que correspondería al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica".

Si efectuamos una interpretación lógica de los artículos anteriormente transcritos, tenemos que llegar a la conclusión de que, el enfiteuta, se asemeja en mucho al propietario, diferenciándose del mismo única y exclusivamente en la pensión o laudemio que debe de pagar al propietario, y si esto es cierto, es evidente que, el enfiteuta, por sí mismo podrá reclamar la existencia de una servidumbre ya que, mucho más difícil sería, admitir el principio de que, el enfiteuta, pudiese donar o permutar libremente la finca y ello está plenamente reconocido por el artículo 1635.

Por lo tanto, la facultad de negar una -

servidumbre (legitimación para la acción negatoria) o afirmar la existencia de la misma (legitimación para la acción confesoria), debe de estar perfectamente comprendida dentro de los derechos del enfiteuta, no solo al igual que lo está para el usufructuario, sino de manera directa, como si fuese un condueño, cual le titula en definitiva, como propietario - del dominio útil, el propio artículo 1.637, cuando analiza los derechos de tanteo y retracto de la finca enfiteuta.

Creemos que queda clara la situación del enfiteuta con respecto a la legitimación que estamos estudiando, sin embargo, nada podemos decir, con respecto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que, no hemos encontrado ninguna Sentencia que afirme, aunque sea de un modo indirecto, la legitimación para actuar en estos dos tipos de acciones, pero lo que si podemos asegurar es que, la Jurisprudencia en general, es favorable a reconocer al enfiteuta, derechos que, en principio, parecen exclusivamente atribuidos al propietario, y en tal sentido ha de estar perfectamente legitimado para ejercitar las acciones confesoria y negatoria de la servidumbre.

K) El Acreedor. - Nos corresponde ahora exami-
nar la posibilidad de que, el acreedor, pueda estar le-
gitimado para el ejercicio de las acciones confesoria -
y negatoria. Este supuesto se puede producir, en el ca-
so de que, el deudor, dueño de una finca, sobre la que
no recae ningún gravamen, ante la afirmación de una -
tercera persona sobre existencia de dicho gravamen, se
niegue a ejercitar la acción negatoria, o bien, en el
caso de que, el deudor, dueño de una finca, a cuyo fa-
vor está reconocida la servidumbre, que recae sobre -
otro fundo distinto, se niegue a ejercitar la acción
confesoria, en el supuesto de que, tal servidumbre se
desconozca, o se impida u obstaculice su ejercicio, -
por el dueño del predio sirviente.

En estos casos cabe la aplicación del artí-
culo 1.111 del Código Civil, en el cual, se nos dice
que, "los acreedores, después de haber perseguido -
los bienes de que esté en posesión el deudor, para -
realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos
los derechos y acciones de éste con el mismo fin, -
exceptuando los que sean inherentes a su persona, y
pueden también impugnar los actos que el deudor haya
realizado en fraude de su derecho".

Comentando este artículo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1942, nos dice que, la acción subrogatoria (caso reconocido en el artículo 1111), no es sino un medio de vencer las consecuencias de una posible inacción del deudor que, permite ejercitar las acciones de éste, sin implicar un cambio de acreedor. Ahora bien, para que los acreedores puedan utilizar este derecho, han de demostrar, según nos dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 1911 y 12 de julio de 1940, que el resultado del ejercicio de las acciones ha de producir un beneficio para el deudor. En consecuencia, podemos deducir que, en principio, los acreedores puedan ejercitar las acciones confesoria y negatoria por subrogación del deudor, dueño de la finca, ya que, el reconocimiento o negación de una servidumbre, es indudablemente un hecho que beneficia al deudor, propietario del fundo en cuestión,

Razonando de un modo semejante, se puede deducir la misma intención, del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, si bien, en este caso, con referencia exclusiva al acreedor hipotecario, ya que, en efecto, en este artículo, se nos dice que, "cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo de valor, por dolo,

culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la misma resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, el Juez dictará nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial".

De este artículo claramente se deduce que, si una finca sufre menoscabo por la implantación de una servidumbre, sobre ella, indebidamente, los acreedores, pueden acudir al Juez, para que este exija del deudor, que ejercite la acción negatoria, y si aquél no llega a ejercitarla, que se ponga la finca en administración judicial para que el administrador ejercite en su defecto la acción de que estamos tratando. No es este por supuesto, un caso de legitimación en el acreedor pero si, una legitimación por sustitución, en virtud de una subrogación, en defensa de la garantía y del crédito mismo, constituido por el fundo hipotecado que, por la pasividad e inacción del dueño, puede quedar perjudicado, en detrimento del derecho del acreedor.

La problemática relativa al acreedor, quedaría incompleta, si no mencionásemos, las circunstancias que se pueden presentar, con respecto a su legitimación, cuando el deudor se encuentre en situación de concurso, suspensión de pagos o quiebra.

Con referencia al concurso de acreedores, - el artículo 1914 del Código Civil, nos dice que, "la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquier otra que por Ley le corresponda."

Esta declaración tajante del artículo 1914, se dulcifica por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1898, en la que, se permite al concursado, la defensa de sus derechos personales.

A su vez, el artículo 1173 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos dice: "en el mismo auto en que se haga la declaración de concurso, se dictarán las disposiciones siguientes: 2º El nombramiento de depositario que se encargará de la conservación y administración de los bienes ocupados al deudor".

Vemos pues, como la administración, pasa - del deudor a otras manos distintas, que, en principio, parece serán, los legitimados para actuar en representación del deudor concursado, y a mayor abundamiento - de esta tesis, el artículo 1181 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que, "el depositario administrador, tendrá la representación del concursado, hasta que los Síndicos tomen posesión de sus derechos, y además será de su obligación y atribuciones: 1º Administrar los bienes del concurso, custodiarlos y conservar los, de suerte que no sufran menoscabo.

Este artículo, es necesario ponerlo en relación con el artículo 1218 del mismo cuerpo legal, que - especifica las facultades de los Síndicos, deduciéndose que, los administradores del concurso, pueden proveer a todo lo necesario para que se inicien los trámites de - las acciones confesoria y negatoria, y estas facultades, se ven plenamente confirmadas, cuando los administradores ceden su administración a los Síndicos. Así, el - artículo 1.218, nos dice a tal respecto que, "son atribuciones de los Síndicos: 1º. Representar al concurso en juicio y fuera de él, defendiendo sus derechos - y ejercitando las acciones que le competan," de donde se desprende que, evidentemente, son los Síndicos, los legitimados para el ejercicio de las acciones confeso-

ria y negatoria, y este es el mismo sentir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la Sentencia - de 28 de junio de 1898, donde se dice que ni el concursado ni los herederos podrán litigar derechos del concurso con independencia de éste.

Por último el artículo 1229 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que "los Síndicos están - obligados, bajo su responsabilidad, a conservar y - administrar con diligencia, los bienes del concurso, procurando que den las rentas, productos o utilidades que correspondan hasta su venta", y este mismo precepto nos remite al artículo 1.016 y siguientes de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, y en dicho artículo 1.016 se nos dice "que el administrador (en este caso se puede sustituir este término por el de Síndico), está obligado bajo su responsabilidad, a - conservar sin menoscabo los bienes del deudor", completando el artículo 1019 de la propia Ley Rituaria con la norma de que, "para los gastos de pleitos, los Síndicos pueden reclamar del Juez que deje en su poder la suma que crea necesaria".

De todos estos preceptos, se deduce la -

evidencia de la legitimación para actuar, en caso de concurso de acreedores, a los Síndicos que representan al concurso y a la masa de acreedores, legitimación para actuar en la que se comprenden, el ejercicio de las acciones confesoria y negatoria de la servidumbre.

Con respecto a la quiebra, el artículo 874 del Código de Comercio, nos dice, que "se considera en estado de quiebra, al comerciante que sobrees en el pago corriente de sus obligaciones" y el art. 878 del propio Código consigna que, "declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes".

Si el quebrado queda inhabilitado para dicha administración, queda igualmente inhabilitado para la comparecencia en juicio, y esto se deduce de las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el concurso y quiebra. Como en el concurso, en la quiebra, son los Síndicos de los representantes de la masa los que deben de ejercitar todas las acciones correspondientes al quebrado, y esto se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo

de 17 de diciembre de 1931 que, refiriéndose a las facultades del depositario administrador en el caso del concurso, nos dice que, el artículo 1.181 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es imputable igualmente en materia de quiebra, y por ello todo lo dicho con referencia al concurso, cabe ahora trasladarlo a la quiebra.

Con relación a la suspensión de pagos, en principio el artículo 873 del Código de Comercio - nos remite a la Ley de 26 de junio de 1922, que es la Ley que contiene las normas relativas a la suspensión de pagos en nuestro Derecho Positivo.

El artículo 5 de la Ley citada, nos dice textualmente que, "corresponderán a los intervinientes en el expediente de suspensión de pagos: . . . 3ª.- Informar al Juez de cuanto importante ocurra con respecto al suspenso o sus negocios para las resoluciones que procedan en defensa o protección de los intereses de los acreedores. 4ª Informar al Juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante terceros, y corresponderá asimismo a los interventores, proponer el ejercicio

de las acciones convenientes al interés del patrimonio del suspenso, bien a iniciativa propia o de cualquier acreedor, pudiendo, mediante autorización del Juez, ejercitarlas por sí mismos, si así lo demandase el interés de la masa.

De este artículo se desprende, con bastante claridad, que los Interventores de la suspensión, no están en principio, por sí mismos, legitimados para el ejercicio de las acciones negatoria y confesoria, pero si deben dichos Interventores, acudir a comunicarlo al Juez, para que, éste, o bien apremie al deudor suspenso a que ejercite las acciones correspondientes, o bien los legitime a ellos para el ejercicio de dichas acciones, en nombre del suspenso, entre las que entraran desde luego, las acciones confesoria y negatoria de la servidumbre.

Claramente se deriva de nuestra legislación que, el acreedor, ya sea en virtud de la subrogación del artículo 1111 del Código Civil, o en virtud de los preceptos que regulan el concurso, - la quiebra y la suspensión de pagos, a través de - los Síndicos que representan la masa del concurso - y de la quiebra o de los Interventores en la sus-

pensión están legitimados para el ejercicio de las acciones confesoria o negatoria que, redunden en provecho directo del fundo del daudor e, indirectamente, en provecho de su propio crédito.

1).- El Poseedor.- Al principio, ya dijimos en la exposición doctrinal de nuestro trabajo, que, - el poseedor, no está legitimado para el ejercicio de aquellas acciones que corresponden exclusivamente al propietario. El artículo 463 del Código Civil, nos dice que, "los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena - como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en - cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste hubiese otorgado a aquél facultades expresas para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad". De este artículo parece derivarse que, dentro de estos actos, está comprendido el ejercicio de la acción encaminada al reconocimiento o negación de una servidumbre, y por lo tanto no estará legitimado el poseedor en tanto en cuanto no haya sido previamente autorizado por el propietario.

La doctrina del Tribunal Supremo, nada -

nos aclara en concreto, respecto a la legitimación - del poseedor para el ejercicio de las acciones propias de la servidumbre, pero se puede deducir su posición, de otro tipo de Sentencias similares y así, por ejemplo, en una de 29 de abril de 1902 se nos dice que, cuando el dueño de una finca, interviene como testigo - en un contrato, por el cual, el que tiene esa finca en precario, enajena a un tercero sus productos, se coloca en la situación a que se refiere el artículo 463, y queda obligado por los actos del poseedor, puesto que consiatio en ellos.

Del mismo modo y, analógicamente, se puede - decir que, el dueño de una finca que interviene como - testigo en un contrato, por el que el poseedor de dicha finca en precario, reconoce expresamente una servidumbre en favor de terceros, se coloca en la posición del artículo 463 y queda por tanto, obligado por los - actos de dicho poseedor. Esto naturalmente, afecta a la existencia o no existencia de la servidumbre, en un procedimiento iniciado por un tercero, ya que el poseedor nunca puede iniciar válidamente una demanda - de acción confesoria o de acción negatoria, puesto, - que, para ello, carecería de la legitimación necesaria al respecto. Por tanto, el artículo 463, no hace más que afirmar que, solamente el propietario está -

legitimado para actuar, y añade la posibilidad de apuación en el poseedor por un posible futuro consentimiento tácito por parte del propietario. Claro que, cabría una legitimación, si posteriormente fuera reconocido su acto por el propietario, pero para actuar, creemos que, este caso es difícil que puede llegar a darse, porque los Tribunales, admitirían la excepción de falta de legitimación activa que plantearía el demandado en el juicio.

Desgraciadamente no tenemos Jurisprudencia a este respecto, con la que confirmar nuestra tesis, pero hemos de decir, que, así opinan, la mayoría - de los autores españoles.

La figura típica del poseedor, es el arrendatario del fundo, quién, no cabe duda, se encuentra interesado, en la existencia o inexistencia de una - supuesta servidumbre sobre el fundo arrendado, entre otras cosas, porqué, en el contrato de arrendamiento, se le asegura el uso pacífico de su posesión sin limitación alguna.

El artículo 1.559 del Código Civil, establece que el arrendatario está obligado a poner en -

conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada, y añade dicho precepto, en su párrafo último, que "será responsable el arrendatario de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionaren al propietario".

En principio, este precepto, parece similar al del art. 511, referido al usufructuario, pero sería, evidentemente, un grave error, confundir, -- los derechos del usufructuario con los del arrendatario, porque el primero es titular de un auténtico derecho real y el segundo no.

Si el arrendatario es molestado indebidamente, en su posesión, por una tercera persona que, pretenda, sin causa alguna, tener derecho a una servidumbre, éste puede defenderse, en principio, mediante los interdictos o acciones posesorias, pero no ejercitar las acciones confesoria y negatoria de la servidumbre, para lo cual debe dirigirse al propietario -- (1).

(1) Roca Juan (De las Servidumbres, obra citada, págs. 3).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1948, nos dice que, las alteraciones en el goce pacífico de lo arrendado, que eximan de pagar la renta, han de ser imputables a actos o omisiones del arrendador que le constituya en la obligación de reestablecer la perturbación producida, y parece deducirse de esta sentencia que, el único derecho del arrendatario, consiste en no pagar la renta, en tanto en cuanto el arrendador no ejecute las acciones confesoria o negatoria que serían, en este caso, las que le restituirían el goce pacífico de la cosa arrendada.

. La Ley de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, nos dice en su artículo 13, 4º que, "el arrendatario debe poner en conocimiento del arrendador, toda usurpación o novedad dañosa, que otro haya realizado o preparado contra la finca arrendada".

Asimismo nos dice que, "cuando un tercero, causara una perturbación de mero hecho, en el uso de la finca arrendada, el arrendatario tendrá acción directa contra el usurpador" y la misma Ley en su artículo 12 párrafo 2º, nos impone para el arrendador, la obligación ineludible de realizar todos los actos

necesarios, para que, el arrendatario, pueda disfrutar pacíficamente de la posesión de la finca arrendada."

De todo lo dicho, se puede deducir que, el arrendatario, únicamente estaría legitimado contra las perturbaciones posesorias de mero hecho, a través de los interdictos o acciones posesorias, que en tal sentido, protegen también, como hemos visto, a la servidumbre, y, en todo caso, para reclamar los daños que se le hayan producido, como consecuencia del establecimiento indebido de una servidumbre o bien de la negación indebida de la misma sobre el fundo arrendado, pero nunca lo estará, para poder pedir la declaración de la existencia o negación de la servidumbre y en este caso, solo podría asistirle el derecho, de no pagar la renta al arrendador, hasta que aquél haga uso de su derecho.

II) El Heredero.- El artículo 661 del Código Civil, establece que "los herederos suceden al difunto, por el hecho solo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones."

A su vez, la sentencia del Tribunal Su-

premio, de 7 de Junio de 1.958, sienta la doctrina de que, los herederos de ~~matas~~ acuerdo, pueden ejercitar, con plena validez y eficacia, actos de disposición o de otra índole, sobre los bienes que les pertenecen, desde que sobrevino el fallecimiento de su causante.

A la vista de ello, no creemos exista problema alguno sobre la cuestión, al estar los herederos, perfectamente legitimados, activa y pasivamente, para ejercitar las acciones confesoria y negatoria de la servidumbre.

62.- La carga de la prueba en las acciones confesoria y negatoria.- Por carga de la prueba, se entiende, aquella obligación impuesta por el derecho positivo, a una de las dos partes, en el procedimiento, de probar los hechos sobre los que versa dicho proceso.

En cada litigio, es necesario saber, cual de los dos litigantes adversarios, soporta el resultado desfavorable, para su propia causa, por el hecho de que se produzca la omisión de una alegación o de

una prueba.

El problema de la carga de la prueba, no puede ser resuelto a base de una consideración aislada de los sujetos procesales, ya que, no cabe decir que, la carga de la prueba, incumbe en todo caso al actor, pues fácilmente se comprende que, el actor no debe soportar la carga de probar, el fundamento de oposición del demandado.

Tampoco puede hallarse la determinación exacta de la carga de la prueba, a base de una consideración aislada de su objeto, esto es, de los datos procesales a probar, como se ha pretendido, a veces, repartiendo la carga de la prueba, entre las dos partes, según la naturaleza absoluta o intrínseca de estos datos, y dentro de esta tendencia, según una antigua tesis, a separar los datos en positivos y negativos, para dispensar de la carga de la prueba a los segundos, en máxima que hoy está desacreditada.

Renunciando a toda consideración aislada de los elementos de la prueba, es preciso fijarse únicamente, en la situación relativa del sujeto y el tema probatorio, es decir, en la posición que el

dato a probar culpa, respecto a las partes sobre las que la carga de la prueba pesa en concreto.

Como la carga de la prueba no consiste, sino en el riesgo que corre el litigante de que, el Juez, no se convenza de ciertos hechos, el perjuicio no puede sufrirlo, sino la parte a quien tales hechos afectan. Esto quiere decir que, cada una de las partes, tiene la carga, no sólo de alegar los datos que le interesan, sino, en segundo lugar, de probarlos.

El interés está determinado, por el hecho de que, los datos en cuestión, funcionan, como supuesto de hecho, de una norma cuya aplicación beneficia. Lo que equivale, en definitiva, a decir que, cada parte, soporta la carga de probar, los datos que, constituyen, el supuesto de hecho de las normas que le son favorables, equivaliendo al principio, sentado de antiguo, según el cual, "affirmantis est probare" y sobre todo, "incumbit probatio ei quid dicit, non ei qui negat".

La aplicación general de este principio, no puede ser precisada, de modo que, resuelva todas y cada una de los casos que existan, en materia de -

la carga de la prueba, por lo que, en definitiva, hay que atenerse últimamente, a las exigencias de cada supuesto concreto.

En términos generales, cabe afirmar que, al actor, corresponde normalmente, la carga de la prueba, del fundamento de su pretensión procesal acerca de la cual, el demandado, en cuanto a su posición, está exento de prueba, por lo que se refiere a la mera negación, pero soporta el riesgo correspondiente, en lo que afecta a la excepción estricta, en todas sus clases, tanto a la contradicción, aunque esto a veces se discuta, como a la objeción y, naturalmente, la reconvencción, exige también, del demandado, la prueba en que se apoya.

Por lo que toca al derecho positivo español, nos encontramos con el artículo 1214 del Código Civil que establece que, "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone".

El precepto mencionado, se encuentra dentro de la teoría de la norma favorable, que exige -

al que alega, bien por vía de pretensión o de defensa, la prueba de los datos alegados y tal orientación, es también seguida en sustancia, por las numerosas declaraciones jurisprudenciales recaídas en la materia.

Establecidos estos principios generales, - cabe decir con respecto a las acciones que estamos - estudiando, exactamente lo mismo, ya que la carga de la prueba de la acción confesoria, corresponderá evidentemente al actor, que en este caso es el que alega tener un derecho real de servidumbre a su favor, - como propietario de un fundo dominante sobre otro - sirviente.

El actor, deberá probar, normalmente, la - propiedad sobre el fundo, o bien el derecho por el - que está legitimado, e igualmente todos aquellos datos alegados, en los que se apoye su pretensión, sobre la existencia de la servidumbre que, debe recaer sobre el fundo sirviente. En cuanto al demandado en la acción confesoria, está exento de prueba por lo - que se refiere a la mera negación, pero soporta la - carga correspondiente, en lo que afecta a todos aquellos datos, en los que se fundamente su oposición.

Siguiendo esta tesis, la carga de la prueba, en la acción negatoria, correspondería a sensu contrario, al que tenga un derecho sobre el fundo siguiente que, le legitime para actuar en esta acción, el cual, además de probar su propiedad, o bien el derecho por el que está legitimado para actuar, debería probar, todos los datos en los que base su pretensión sobre la inexistencia de la servidumbre. En cuanto al demandado quedaría exento de la prueba correspondiente a la negación, pero debería probar, todos aquellos datos en los que fundamente su oposición, sin embargo este principio, por lo que se refiere a la acción negatoria, sufre una excepción como veremos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es unánime en declarar que, el ejercicio de la acción real confesoria, fundada en el uso de una servidumbre, exige probar y justificar, la cualidad de dueño del predio, y lo mismo quien pretende ejercitar la acción negatoria, ser dueño del fundo que se dice libre. (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Junio 1.896; 9 de Febrero de 1.927; 30 de Diciembre de 1.882; 21 de enero de 1.888; 10 de Marzo de 1.958; 4 de Mayo de 1.963).

Asimismo el actor, en la confesoria, ha -

de probar la existencia de la servidumbre, por uno de los tres medios que al efecto señala la Ley 14, Título 31, de la partida 3ª, a saber: por contrato, por testamento o por el uso durante el tiempo correspondiente a la naturaleza de la servidumbre (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1.863 y 26 de Noviembre de 1.864).

El ejercicio de la acción confesoria impone la obligación de probar la existencia de la servidumbre y que se tiene derecho a ella (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1.863; 12 de Junio de 1.886; 17 de Junio de 1.896; 18 de Noviembre de 1.896, 4 de Noviembre de 1.897; 31 de Marzo de 1.902; 13 de Enero de 1.915; 9 de Febrero de 1.927 y 23 de Marzo de 1.961) ya que, implicando toda servidumbre un gravamen o carga, según el artículo 530, nunca se presume, habiendo necesidad de probarla, porque la propiedad se presume libre, mientras no se demuestre lo contrario (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1.902; 23 de Junio de 1.916; 13 de Octubre de 1.927 y 13 de Noviembre de 1.929), derivando la presunción "iuris tantum" de ser libre todo fundo, de los artículos 348 y 536 del Código Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Di-

ciembre de 1.927; 25 de Marzo de 1.931; 7 de Marzo de 1.932 y 29 de Enero de 1.934), excluyendo el dominio, toda idea de servidumbre, por seguir el aforismo "res domino suo non servit" (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1.936).

Resumiendo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, exige, tanto para el ejercicio de la acción confesoria, como de la negatoria, justificar y probar la cualidad de dueño o titular en su caso del derecho real sobre el predio, ya sea el que se presume dominante o sirviente.

A su vez, la Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, en la acción confesoria, exige la prueba por parte del actor, de la existencia de la servidumbre y consiguiente derecho a la misma.

Por el contrario, cuando se ejercita la acción negatoria, contrariamente a lo común, y como excepción al principio general, y este es muy importante, el actor, en tal acción negatoria, no ha de probar la libertad del predio y negativamente la inexistencia de la servidumbre, habida cuenta de que,

sobre ser imposible, demostrar una negación, esa libertad del fundo y, en general de la propiedad, es una presunción de la ley, y la presunción releva la prueba, siendo el demandado que alega la existencia de la servidumbre el que, tiene que probar que, en efecto, existe, de manera que, cuando se ejercita la acción negatoria, se traspassa al demandado la obligación de probar la existencia de la servidumbre. - contra el principio de que, quien ha de probar es el actor. (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Abril 1.859; 19 Febrero 1.877, 9 de Enero de 1873; 10 de Enero 1.869; 26 Octubre 1.885; 17 Junio 1.874; 19 de Enero de 1.883; 19 de Febrero de 1.887; 31 - de Marzo de 1.902; 12 de Octubre de 1.909; 13 de Enero de 1.915) y le corresponde al demandado justificar la existencia de la servidumbre, porque todo fundo es libre, mientras no se demuestre lo contrario - (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1.902; 23 de Junio de 1.916; 13 de Octubre de 1.927; 13 de Noviembre de 1.929 etc.) y esa presunción - "iuris tantum" de ser libre todo fundo, precede de - los artículos 348 y 536 del Código Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1.927; - 25 de Marzo de 1.961; 7 de Marzo de 1.962 y 29 de - Enero de 1.964).

En definitiva, y como excepción a la regla general, tratándose de la acción negatoria, vemos que es al demandado, al que corresponde probar la existencia de la servidumbre, al desplazarse al mismo, la carga de la prueba, a no ser, como cuenta Roca Juan (1), que, el actor, en la negatoria, no niegue la existencia de la servidumbre, sino que, la desconozca por alegar que estaba extinguida, y como ello excluye la presunción de la libertad del fundo, al actor corresponderá probar el hecho extintivo.

Y tal es la tesis jurisprudencial, en materia de la carga de la prueba, cuando se ejercitan las acciones confesoria y negatoria del derecho real de servidumbre, con el estudio de cuya materia, damos por terminado nuestro trabajo, pasando a exponer finalmente, las Conclusiones a que hemos llegado, después del total desarrollo del tema.

VIII.-

CONCLUSIONES.

Primera.- Las servidumbres, lo mismo las reales o prediales, como las personales, son derechos reales, las primeras, constituidas en beneficio de un

(1) De las Servidumbres (obra citada, pág. 3).

fundo, siendo su titular, el dueño "pro tempore" del mismo, y las segundas, constituidas en beneficio de una persona determinada, sin consideración a su calidad de dueño de fundo alguno, y como tales derechos reales, las servidumbres, han de estar protegidas por acciones reales.-

Segunda.- Las acciones que protegen el derecho real de servidumbre, tienen su origen en el Derecho Romano, conservando en la actualidad, su denominación clásica y tradicional de "acción confesoria" y "acción negatoria", siendo así conocidas por la Jurisprudencia española y en la práctica del foro, aunque nuestro Código, no haga referencia específica a ellas.-

Tercera.- La acción confesoria, se concreta a "confesar", como su nombre indica, a afirmar, y, en definitiva, a reconocer la existencia misma de la servidumbre, y la acción negatoria o negativa, contrapuesta a la anterior, como igualmente implica su nombre, a "negar", a rechazar, y, en definitiva, a no reconocer, la existencia misma de la servidumbre.-

Cuarta.- Por ello, tanto a la acción confesoria, como a la negatoria, se le añade por la doctrina italiana, a nuestro juicio acertadamente, el término "afirmación", "acción confesoria de afirmación" y "acción negatoria de afirmación", porque el objeto de ambas, es afirmar, respectivamente, "la existencia de la servidumbre" o "la inexistencia de la servidumbre basada en la libertad del fundo", lo que constituye una afirmación de tipo positivo.-

Quinta.- La acción confesoria o acción confesoria de afirmación, es específicamente propia del derecho de servidumbre, al nacer de dicho derecho real pues su única y exclusiva finalidad, como se ha dicho, es el reconocimiento de la existencia misma de la servidumbre, sin embargo, la acción negatoria o acción negatoria de afirmación, es mas bien propia del dominio, porque nace y tiene su base, en la libertad de la propiedad, como presunción "iuris tantum", si bien, cuando se ejercita para desconocer o rechazar una servidumbre, se la viene considerando tradicionalmente, como acción derivada del derecho de servidumbre, y así, cuando tiene por objeto, la inexistencia de cualquier otro gravamen o derecho real distinto.-

Sexta.- Ambas acciones, confesoria y negatoria de afirmación, tienen naturaleza real, toda vez que, su esencia, es proteger un derecho real frente a todos (erga omnes), concretamente la servidumbre, y si se quiere, la segunda de tales acciones, la protección de la propiedad misma, derecho real por excelencia.

Septima.- Dentro de su naturaleza real, las dos acciones, tienen una finalidad declarativa o de reconocimiento de derechos, a saber: existencia de la servidumbre o libertad del fundo, y, en consecuencia, inexistencia de la servidumbre.

Octava.- Las acciones confesoria y negatoria por daños, se concretan, a la reparación de los perjuicios sufridos, bien por la violación del derecho real de servidumbre, o bien por el ejercicio indebido de tal derecho real, siendo en consecuencia, su objeto, de carácter secundario y subordinado al "petitum principal", de existencia o inexistencia de la servidumbre, naciendo del daño o perjuicio, como consecuencia del desconocimiento o ejercicio indebido de un derecho real, denominándose confesoria o negatoria por daños, cuando este derecho real es una servidumbre, pero no en otro caso.

Novena.- Si las acciones propias de la servidumbre, son las acciones confesoria y negatoria, tambien este derecho real puede estar protegido, frente a toda perturbación o despojo, efectuado con relación al hecho posesorio, por las acciones denominadas interdictales o interdictos posesorios que, la ley, atribuye a todo poseedor, si bien, la provisionalidad de la defensa interdictal, concretada, como se ha dicho, al hecho posesorio, remite siempre, a los efectos de determinación del derecho, a las acciones confesoria y negatoria a través del procedimiento correspondiente.

Décima.- Los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria, son los únicos competentes, para conocer, de los procedimientos en ejercicio de las acciones confesoria y negatoria, correspondiendo la competencia territorial, al Juez del lugar en que este sita la cosa litigiosa, y la competencia jerárquica a los Jueces de 1ª Instancia, si el procedimiento es el declarativo ordinario de mayor o menor cuantía, a los Jueces Municipales o Comarcales si el procedimiento es el denominado de cognición, y a los propios Jueces Municipales o Comarcales, o en su caso a los de Paz,

si el procedimiento es el verbal, todo ello, a tenor de la cuantía objeto del pleito, según las normas legales al efecto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.-

Undécima.- Están legitimados para ejercitar las acciones confesoria y negatoria de afirmación, tanto activa como pasivamente, los propietarios o dueños de los fundos, los copropietarios, siempre que lo hagan en beneficio de todos los condueños, los herederos, el enfiteuta, y, en general, los que ostentan sobre los fundos, un derecho real, como el usufructuario, usuario y habitacionista, caso de que, el propietario, no actúe, y después de haberle dado aviso, o cuando sea materialmente imposible tal aviso, pudiendo finalmente, también, ejercitar tales acciones, el marido, como administrador de la sociedad conyugal, la mujer, cuando a la misma se le otorga tal administración, y los acreedores, por sustitución, en virtud de la acción subrogatoria, y no el arrendatario, quien debe limitarse a poner el hecho perturbador en conocimiento del propietario, salvo que, promoviese las acciones interdictales, ya que, el arrendatario, no es titular de un derecho real.-

Duodécima.- Están legitimados para ejerci-

tar la acción confesoria por daños, activamente, todos aquéllos que hayan sufrido un perjuicio, como consecuencia de la violación del derecho de servidumbre - que haya impedido u obstaculizado el ejercicio de la misma, y pasivamente el perturbador, y viceversa en la negatoria por daños.

Decimotercera.- Con respecto a la carga de la prueba, en la acción confesoria de afirmación, - el actor ha de probar, su calidad de propietario del fundo o titular del derecho real sobre el mismo, así como, la existencia de la servidumbre y su derecho a la misma, y en la negatoria de afirmación, el actor se limitará a probar, su calidad de propietario del fundo o titular del derecho real sobre el mismo, correspondiendo al demandado probar la existencia de la servidumbre, ya que, la propiedad, se presume libre, mientras no se demuestre lo contrario.-

Decimocuarta.- Con respecto a la carga de la prueba, en las acciones confesoria y negatoria por daños, incumbe al actor, probar la existencia de los perjuicios, y el montante de los mismos.-

Al margen de las Conclusiones que se de-

jan expuestas, y, como, consecuencia final, cabria exponer, la necesidad de regulaci6n por nuestro C6digo Civil, de las acciones confesoria y negatoria, como - medios de defensa y de protecci6n del derecho real de servidumbre, toda vez que, en el orden pr6ctico, son numeros6simos los procedimientos, en los que, se ejercitan estas acciones, con su nombre tradicional, proveniente del Derecho Romano, aceptadas por la Jurisprudencia y doctrina, asi como por la pr6ctica del foro, las que, sin embargo, repetido, no tienen reconocimiento expreso en nuestro derecho sustantivo, siendo deseable se hiciera asi, en una pr6xima reforma del C6digo Civil.-

- - - - -

IX.- BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- 1.- Albadalejo: Instituciones de Derecho Civil.
(Derecho de Cosas) Barcelona 1964.
- 2.- Allara: La propiedad a término.
- 3.- Arangio Ruiz: De las Servidumbres.
- 4.- Arias Ramos: Derecho Romano (Apuntes Didácticos para un curso) Tomo I. Madrid 1951.
- 5.- Arnó: Las Servidumbres rusticas y urbanas. Traducción española de A. P_osada. Madrid.
- 6.- Arntz: Cours de Droit Civile francaise.
Paris 1879. Tomo I.
- 7.- Barassi: Derecho Civil, Barcelona 1955.
- 8.- Bonet y Ramón: Compendio de Derecho Civil, Madrid 1959-1960.
- 9.- Burdese: Servitu praediale- Milano 1960.
- 10.- Castán: Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid 7^a Ed. Tomo II.
- 11.- Colin y Capitant: Curso Elemental de Derecho Civil.
Rta. Legislación y Jurisprudencia.
Traducción. Madrid 1942. T. II V. II
- 12.- Córdoba Morales: El derecho de balcón. Rev. Tribunales 1930.

- 13.- De Buen: Derecho Civil Español Común, Madrid 1930. T. I.
- 14.- De Diego: Apuntes de Derecho Civil Español, Común y Foral de primer curso. - Cuaderno 4º.
- 15.- Dusi: Istituzioni di Diritto Civile - Torino 1931. T.I.
- 16.- Espín: Manual de Derecho Civil Español. 1968. Volumen II.
- 17.- Falcón: Exposición doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral, Barcelona 1879. T.II.
- 18.- Germano: Trattato delle servitu. Nápoles 1901-1903, citado por Mucius Scaevola. Código Civil T. X.
- 19.- Gómez de la Serna: Elementos de Derecho Civil y Penal de España. Madrid 1852. T.I.
- 20.- González Alegre: Manual de Servidumbres, Barcelona 1962-1965.
- 21.- Guasp: Derecho Procesal Civil, Madrid -- 1956.
- 22.- Josserand: Cours de Droit Civil Positiv - -- francais. París 1938. T. I.
- 23.- Manresa y Navarro: Comentarios al Código Civil Español. T. IV. Ed. 6º.

- 24.- Mifiana y Villagrasa: De la clasificación de las Servidumbres en reales y personales. Madrid, 1904.
- 25.- Mucius Scaevola: Código Civil comentado. Madrid 1947. T. I.
- 26.- Ossorio Morales: Las Servidumbres Personales. - Revista de Derecho Privado. Madrid 1936. 1ª Ed.
- 27.- Pacifizzi - Mazzoni: Istituzioni di Diritto Civile italiano. Florencia 1926. Volumen III. Parte II.
- 28.- Pella y Forjas: Tratado de las relaciones y Servidumbres entre fincas. Barcelona 1969.
- 29.- Planiol: Traite élémentaire de Droit Civil positif français. Paris - 1922. T. I.
- 30.- Pérez González y Alguer: Notas a la traducción - Derechos de Cosas de M. Wolff y Tratado de Derecho Civil. Barcelona - 1936. T. III.
- 31.- Pothier: Coutume d'Orleans: Intr. au libre de Servitudes. T. I. XIII nº 23.
- 32.- Prieto Castro: Derecho Procesal Civil. Madrid, 1964.

- 33.- Prieto Cobos: Ejercicio de las acciones civiles, Madrid, 1965. T. IV.
- 34.- Puig Peña: Compendio de Derecho Civil Español. T. II. Derechos Reales. Barcelona - 1967.
- 35.- Roca Juan: De las Servidumbres, Barcelona 1961. Protección del Derecho Real de Servidumbre.
- 36.- Ruggiero: Instituciones de Derecho Civil. Trad. R.S. Suñer y J. Santa Cruz. Madrid, - 1931. V. I.
- 37.- Sánchez Román. Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil e Historia General de la Legislación española. T. III, Madrid 1900.
- 38.- Segré: La denominazione di actio confessoria in particolare per la revidicazione dell'usufrutto e delle servitù. París 1912. V. II.
- 39.- Shom: Instituciones de Derecho Privado Romano (Historia Sistemática).

- 40.- Tamayo: El Derecho Real de Servidumbre. Barcelona, 1956. Estudio de una revisión - del Código Civil en materia de servidumbres.
- 41.- Valverde: Tratado de Derecho Civil Español. Valladolid 1925. Ed. 4ª.
- 42.- Windscheid: Diritto delle Pandette. Torino. T. VI. Parte 2ª.
- 43.- Wolff: Derecho de Cosas de Ennecerus. Kip. y Wolff. Trad. Pérez González y Alguer. Barcelona 1951. V. II.
-

X.- TEXTOS LEGALES CONSULTADOS.

Digesto: Libro VIII. Título V. Ley 2ª pá-
rrafo 1º.

Fuero Juzgo: Ley IX. Título III del libro VIII.

Fuero Viejo de Castilla: Título V y VI. del libro IV.

Las Partidas: Ley 1ª, Título XXXI, Partida 3ª y
Ley 4ª, Título 32, Partida 3ª.

Código Civil Español y
Jurisprudencia:

Código Civil Aleman.

Código Civil Italiano.

Código Civil Francés.

Código Civil Alemán.

Código Civil Portugues.

Código Civil Mejicano.

- - - - -

I N D I C E .

	<u>Páginas</u>
I.- <u>INTRODUCCION.</u>	1 a 6
II.- <u>EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE.</u>	6
1.- Conceptos históricos, doctrinales y del Código Civil y Jurispruden- cia española de las servidumbres.	6 a 19
2.- Caracteres esenciales de las ser- vidumbres	19 a 21
3.- Clasificación de las servidumbres	21 a 26
III.- <u>PROTECCION DEL DERECHO REAL DE SERVI- DUMBRE.</u>	26 a 31
IV.- <u>LA ACCION CONFESORIA.</u>	31
1.- Concepto y naturaleza	31 a 39
2.- Historia y antecedentes	39 a 44
3.- Clases de acción confesoria	44 a 45
A).- <u>La acción confesoria de afir- mación</u>	45
a).- Concepto y naturaleza .	45
b).- Legitimación activa y - pasiva de la acción con fesoria de afirmación .	46 a 50

Páginas

B).- <u>Supuestos doctrinales concretos de ejercicio de la acción confesoria de afirmación</u>	50
a).- El propietario a título -- originario	50 a 54
b).- El propietario a título -- derivativo	54 a 55
c).- El propietario bajo condi- ción o a término	55 a 73
d).- El copropietario	73 a 76
e).- El usufructuario	76 a 79
f).- El marido respecto al fun- do dotal	79
g).- El marido respecto al fun- do ganancial	79 a 80
h).- El enfiteuta	80 a 82
i).- El acreedor	82 a 84
j).- El poseedor	84 a 85
k).- El heredero	85 a 86
C).- <u>La acción confesoria por daños.</u>	86
a).- Concepto y naturaleza	86 a 88
b).- Legitimación activa y pa- siva de la acción confeso- ria por daños	88 a 92

Páginas

V.-	<u>LA ACCION NEGATORIA.</u>	92
1.-	Concepto y naturaleza	92 a 97
2.-	Historia y antecedentes	97 a 98
3.-	Clases de acción negatoria	98
A).-	<u>La acción negatoria de afirmación</u>	98
a).-	Concepto y naturaleza .	98 a 100
b).-	Legitimación activa y - pasiva de la acción ne- gatoria de afirmación .	100 a 103
B).-	<u>Supuestos doctrinales concre- tos, de ejercicio de la ac- ción negatoria de afirmación, examinados con respecto a la acción confesoria de afirma- ción</u>	103 a 104
C).-	<u>La acción negatoria por da- ños</u>	104
a).-	Concepto y naturaleza ..	104 a 105
b).-	Legitimación activa y - pasiva de la acción ne- gatoria por daños	105 a 106

VI.- OTRAS ACCIONES DE DEFENSA DE LAS SERVIDUMBRES.

106 a 107

VII.- DERECHO POSITIVO Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LAS ACCIONES CONFESORIA Y NEGATORIA.

107

- 1.- Regulación de ambas acciones y su naturaleza jurídica 107 a 112
- 2.- Contenido de las acciones confesoria y negatoria 112 a 115
- 3.- Efectos de ambas acciones 115 a 117
- 4.- Jurisdicción, Competencia y Procedimiento de las acciones confesoria y negatoria 117 a 119
- 5.- Legitimación activa y pasiva de las acciones confesoria y negatoria, en diversos supuestos concretos de ejercicio 119 a 120
 - A).- El propietario del fundo dominante y del sirviente 120 a 122
 - B).- El propietario sujeto a condición o a término 122 a 125
 - C).- El ocupante 125 a 128
 - D).- El usucapiente 128 a 131

Páginas

E).- El copropietario	131 a 132
F).- El usufructuario	133 a 143
G).- El marido respecto al fundo do tal	143 a 145
H).- El marido respecto al fundo pa rafernal	145 a 146
I).- El marido respecto al fundo ga nancial	146 a 150
J).- El enfiteuta	150 a 152
K).- El acreedor	153 a 162
L).- El poseedor	162 a 167
LL).- El heredero	167 a 168
6.- La carga de la prueba en ambas accio nes confesoria y negatoria	168 a 177
VIII.- <u>CONCLUSIONES.</u>	177 a 184
IX.- <u>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.</u>	185 a 189
X.- <u>TEXTOS LEGALES CONSULTADOS.</u>	190
